Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Arthur Haefliger
von Olten

1974
Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

1973

Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Arthur Haefliger
von Olten

1974
Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 12. Juli 1973 auf Antrag von Prof. Dr. Rolf Bär als Dissertation angenommen, ohne zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern im Buchhandel erschienen als Heft 429 der

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1974
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 5
Gesetze und Materialien 8
Einleitung 10

I. Wesen und Zweck des Konkurrenzverbots 11
A. Wesen des Konkurrenzverbots 11
B. Interessenlage 12
C. Konkurrenzverbot und allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers 14
D. Konkurrenzverbot und verfassungsmässige Freiheitsrechte 17
E. Konkurrenzverbot – Persönlichkeitsschutz – Vertragsfreiheit 18
F. Konkurrenzverbot und unlauterer Wettbewerb 20
G. Konkurrenzverbot und strafrechtlicher Schutz des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses 22

II. Konkurrenzverbote in andern als Arbeitsverträgen 23
A. Konkurrenzverbot im Kaufvertrag 24
B. Konkurrenzverbot im Miet- und Pachtvertrag 25
C. Konkurrenzverbot im Gesellschaftsvertrag 26
D. Rechtliche Beurteilung der Konkurrenzverbote in andern als Arbeitsverträgen ... 27

III. Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag 30
A. Regelung im alten Dienstvertrag und wichtigste Neuerungen des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971 30
B. Voraussetzungen für die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes 31
1. Einblick in den Kundenkreis 32
2. Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse 34
3. Möglichkeit der erheblichen Schädigung des Arbeitgebers 36
4. Kausalzusammenhang zwischen Einblick in Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse und Möglichkeit erheblicher Schädigung . 38
5. Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers 39
6. Schriftliche Form 41
7. Fehlen eines Gültigkeitserfordernisses 42
C. Übertragbarkeit des Konkurrenzverbotes 42
1. Wechsel in der Person des Arbeitgebers 42
2. Wechsel in der Person des Arbeitnehmers 44
D. Gegenstand des Konkurrenzverbotes 45
1. Das Konkurrenzgeschäft 45
2. Konkurrenztätigkeit 49
E. Schranken des Konkurrenzverbotes 54
1. Örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots 56
2. Zeitliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots 56
3. Sachliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots 58
F. Richterliche Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbotes 59
G. Übertretung des Konkurrenzverbotes 62
1. Verhältnis zwischen Artikel 340b und Artikel 98 OR 62
2. Konkurrenzverbot ohne Konventionalstrafabrede 64
3. Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafabrede 69
4. Realerfüllung 74

H. Gerichtliches Verfahren bei Übertretung des Konkurrenzverbotes 80
1. Sachlegitimation 80
2. Klagen des Arbeitgebers 81
3. Klagen des Arbeitnehmers 82
4. Gewerbe- oder Arbeitsgerichte 83
5. Prozessuale Vorschriften im Arbeitsvertragsrecht 83
6. Vorsorgliche Massnahmen 85
J. Wegfall des Konkurrenzverbotes 88
1. Ordentliche Untergangsgründe des Vertrags 88
2. Mangelndes Interesse des Arbeitgebers 88
3. Vom Arbeitgeber zu verantwortende Auflösung des Arbeitsverhältnisses 89
K. Das Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung 95
1. Anwendung der Artikel 340–340c OR auf sog. zweiseitige Konkurrenzverbote 95
2. Der Einfluss auf die Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbots 96
3. Der Einfluss auf den Umfang des Konkurrenzverbots und auf die richterliche Einschränkungsbefugnis 97
4. Der Einfluss auf die Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes 98
5. Der Einfluss auf den Wegfall des Konkurrenzverbots 99
6. Einzelfragen 101
L. Das Konkurrenzverbot im Konzern und in anderswie verbundenen Unternehmen sowie in Verbänden, Kartell-Syndikaten und dergleichen 103
1. Problemstellung 103
2. Formen der Zusammenfassung von Unternehmen und Zulässigkeit des Konkurrenzverbots 103
3. Einzelprobleme 107

Literaturverzeichnis

BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–551, Bern 1934.

BERSIER ROLAND, Contribution à l'étude de la liberté personnelle, l'internement des aliénés et des asociaux, la stérilisation des aliénés, Diss. Lausanne 1968.

BRENNEISEN PETER, Das dienstvertragliche Konkurrenzverbot als zweiseitiges Vertragsverhältnis in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Basel 1952 (hektographiert).

BRIDEL MARCEL, Sur les limites des libertés individuelles. Recueil des facultés de droit, «La liberté du citoyen en droit suisse», Zürich 1948, S. 99ff.

BRINER ROBERT, Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände. Wirtschaft und Recht (Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes), 16. Jg., Zürich 1964, S. 73ff.

BURCKHARDT WALTHER, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

VON BÜREN BRUNO, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943 unter Einschluss der Ausverkaufsordnung vom 16. April 1947, Zürich 1957.

– Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht. ZSR 66, 1947, S. 83ff. (zit. VON BÜREN, ZSR 66).

BÜRGI F. W., Wesen und Entwicklung des Persönlichkeitsrechts nach schweizerischem Privatrecht. ZSR 66, 1947, S. 1ff.

EGGER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht. Einleitung Art. 1–10, das Personenrecht Art. 11–89, 2. Aufl., Zürich 1930.

FAVRE ANTOINE, Droit Constitutionnel Suisse, Fribourg 1966.

FLEINER /GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

GERMANN O. A., Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, angenommen in der Volksabstimmung vom 3. Juli 1938, in Kraft seit 1. Januar 1942, abgeändert durch Bundesgesetz vom 5. Oktober 1950, in Kraft seit 5. Januar 1951, mit kurzen Erläuterungen, Rechtsprechung des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte, Hinweisen auf andere Strafbestimmungen, Materialien, Systematik und Sachregister, 8. Aufl., Zürich 1966.

VON GREYERZ CHRISTOPH, Der Beweis negativer Tatsachen, Diss. Bern 1963.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, La protection de la personnalité en droit privé. ZSR 79 II, 1960, S. 1ff.

GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. bereinigte Aufl., Zürich 1972.

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958.

GYSIN ARNOLD, Arbeitsrecht mit einer Übersicht über Lösungsversuche des Auslands, Zürich 1943.

HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Besonderer Teil, Erste Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Berlin 1937.

HEMMELER MAX, Vertragliche Konkurrenzverbote nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1918.

HEROLD CHRISTIAN, Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes, Diss. Bern 1935.

HUBER HANS, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts. ZBJV 91bis, 1955, S. 95ff. (zit. HUBER, ZBJV 91bis).

– Das Kartellproblem auf der Verfassungsstufe. Wirtschaft und Recht 1955 (zit. HUBER, Kartellprobleme).

– Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen. ZSR 1955 I, S. 206ff. (zit. HUBER, ZSR 1955).

HUG WALTHER, La nouvelle législation sur le contrat de travail. Onzième Journée Juridique, mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Nr. 35, Genf 1972.

– Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne. SJZ 37, 1940/41, S. 321 und 344ff. (zit. HUG, SJZ 37).

– Die Revision des Dienstvertragsrechts. Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Festgabe der juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und des Sanktgallischen Juristenvereins zum schweizerischen Juristentag 1965 in St. Gallen, Bern 1965, S. 187ff. (zit. HUG, Revision).

– Kodifikation und Revision des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts. Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis, Bd. 6, Berlin 1969, S. 23ff. (zit. HUG, Kodifikation).

JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. ZSR 79 II, 1960, S. 133a ff.

KAESLIN THEO, Bemerkungen über die Gültigkeit der Konkurrenzklausel. SJZ 45, 1949, S. 271ff.

KNECHT WERNER ARNOLD, Das fortgesetzte Delikt im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1969.

KRACHT FRIEDRICH, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer im Konzern und bei Kooperationen. Betriebs-Berater (Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht), Heidelberg 1970, S. 584f.

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts. Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes. Bern 1970.

– Der Begriff des Kartells. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N.F. Bd. 372, Bern 1966 (zit. KUMMER, Kartell).

KUTTLER ALFRED, Vertragliche Konkurrenzverbote. Ihre Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht, eine rechtsvergleichende Studie. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft. 44, Basel 1955.

LANG OTTO, Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Aarau 1930.

LUTZ OSKAR, Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozess) für den Kanton St. Gallen (vom 7. Februar 1939), Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen 1967.

MERZ HANS, Über die Schranken der Kartellbindung, Bern 1953.

– Kommentar zu Art. 2 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1962 (zit. MERZ, N... zu Art. 2 ZGB).

NIELSEN CHARLES V., Konkurrenzverbote bei Übertragung von Handelsunternehmungen, Berlin 1922.

OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1936.

PFLÜGER FRITZ, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrag (Art. 356–360 OR), Diss. Bern 1949.

PIDOUX PHILIPPE, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, Diss. Lausanne 1969.

RAAFLAUB HANS EMANUEL, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Diss. Bern 1959.

RASCH HAROLD, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Köln 1966.

SCHERRER ALBERT, Das richterliche Ermässigungsrecht nach schweizerischem Obligationenrecht. Ein Beitrag zur Lehre von den privatrechtlichen Sanktionen, Diss. Freiburg 1934.

SCHOCH WALTER, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Diss. Bern 1935, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N.F. Heft 107.
SCHWARTZ PAUL, Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts, Basel 1949.
SCHWEINGRUBER EDWIN, Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 4. Aufl., Bern 1969.
– Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930 (zit. SCHWEINGRUBER, Vertragspartei).
SIMONIUS AUGUSTE, Les droits de la personnalité. ZSR 1947, S. 24ff.
VERREY ROGER, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail (Art. 356–360 Code fédéral des Obligations), Diss. Lausanne 1920, Etudes de droit civil Suisse.
WILHELM-ISELIN ERIC, Das dienstvertragliche Konkurrenzverbot, eine rechtsvergleichende Betrachtung, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Angestelltenwesen, Diss. Basel 1958 (hektographiert).
WÜRDINGER HANS, Aktienrecht, eine systematische Darstellung, Karlsruhe 1959.
ZIEGLER, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944.

Gesetze und Materialien

BV Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874

OR Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936

StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937

UWG Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz betr. die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts, Dienstvertrag, vorbereitet vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, März 1957 (zit. VE BIGA)

Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des 10. Titels und des 10. Titels^{bis} des Obligationenrechts vom 30. September 1963 (zit. VE 1963), Separatdruck des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (EJPD)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechtes im Obligationenrecht, Februar 1966 (zit. Zusammenstellung der Vernehmlassungen), Separatdruck des EJPD

Bericht zum Vorentwurf vom 30. September 1963 der Expertenkommission für die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts über den Dienstvertrag, 1964 (zit. Bericht EJPD), Separatdruck des EJPD

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des 10. Titels und des 10. Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, Separatausgabe Nr. 9765 (zit. Botschaft BR 1967)

Protokoll der Expertenkommission zur Beratung des Vorentwurfs vom März 1957 zu einem Bundesgesetz betreffend die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts (Dienstvertrag), 6. Sitzung 1959, 7. Sitzung 1960, 10. Sitzung 1963 (zit. Protokoll Expertenkommission)

Protokoll der Beratungen der Kleinen Expertenkommission über die Beschlüsse der Grossen Expertenkommission zu einem Bundesgesetz betr. die Revision des 10. Titels des Obligationenrechts (Dienstvertrag), 2. Sitzung 1962 (zit. Protokoll Kleine Expertenkommission)

Protokoll der Kommission des Nationalrates zur Beratung der Botschaft des Bundesrates über die Revision der Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Arbeitsvertrag (Arbeitsvertragsrecht), 5. Sitzung 1968, 10. Sitzung 1969 (zit. Protokoll Kommission NR)

Protokoll der Kommission des Ständerates zur Beratung der Botschaft des Bundesrates über die Revision der Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Arbeitsvertrag (Arbeitsvertragsrecht), 2. Sitzung 1970, 3. Sitzung 1970 (zit. Protokoll Kommission StR)

Stenographisches Bulletin der Verhandlungen der Bundesversammlung (National- und Ständerat) (zit. Sten. Bull. NR bzw. StR)

Zeitschriften und Entscheidsammlungen

ARV Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung

BGE Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes

BJM Basler Juristische Mitteilungen

Rep. Repertorio di giurisprudenza patria

SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Betriebs-Berater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht

Fundheft für Arbeitsrecht, Systematischer Nachweis der deutschen Rechtsprechung, Zeitschriftenaufsätze und selbständigen Schriften

Gesetz und Recht, Organ der gewerkschaftlichen Rechtsauskunftstellen, zweimonatliche Beilage zu «Gewerkschaftliche Rundschau»

Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes

Die im Literaturverzeichnis angeführten Werke werden nur mit dem Verfassernamen, bei mehreren Werken desselben Autors ergänzt durch das im Literaturverzeichnis vermerkte Kennwort, zitiert.

Auf den ersten Januar 1972 trat das Bundesgesetz über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts in Kraft. Dieses Gesetz enthält eine umfassende Neuordnung des Arbeitsvertragsrechtes.

Veränderte Auffassungen über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die erstarkte wirtschaftliche Stellung der Arbeiterschaft, das rasche Wachstum der Wirtschaft und die Überforderung des Arbeitsmarktes verlangten eine Neuregelung dieses Rechtsgebietes[1].

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem vertraglichen Konkurrenzverbot, wie es in den Artikeln 340–340c des neuen Arbeitsvertragsrechts geordnet ist. Dieses Verbot erlangt seine Wirkung erst, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst ist. Das Konkurrenzverbot, das während der Vertragsdauer den Arbeitnehmer bindet und aus dessen Treuepflicht fliesst (Art. 321 a Abs. 3 und 4 OR)[2], wird nur am Rande gestreift, ebenso das Konkurrenzverbot, das nicht im Rahmen des Arbeitsvertrages, sondern erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder im Zusammenhang mit einem anderen Vertrag vereinbart wird.

Vergleiche mit dem ausländischen Recht unterbleiben, einmal weil die Schweiz eine ganz spezielle Regelung des Konkurrenzverbotes kennt, und dann weil bereits rechtsvergleichende Arbeiten zu diesem Thema vorliegen[3]. Einzig die deutsche Lehre und Rechtsprechung wird beigezogen, wo sie Hinweise für die Auslegung unseres Gesetzes geben kann und wo sie sich mit Fragen beschäftigt, die sich im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot stellen und bisher in unserem Land noch nie entschieden wurden.

[1] Vgl. Hug, Revision, S. 214–218; Botschaft BR 1967, S. 33.
[2] Vgl. Oser/Schönenberger, N. 32 zu Art. 319 OR.
[3] So die Arbeiten von Kuttler und Brenneisen.

A. Wesen des Konkurrenzverbots

Wenn der Arbeitnehmer im Unternehmen nicht eine bloss untergeordnete Stellung bekleidet, hat er regelmässig Einblick in die Organisation des Geschäftes, in gewisse Fabrikationsvorgänge oder in den Kundenkreis seines Arbeitgebers. Heute ist es eher selten geworden, dass ein Arbeitnehmer zeitlebens den gleichen Arbeitsplatz behält. Jeder Arbeitgeber muss gewärtigen, dass der Arbeitnehmer eines Tages seine Stelle aufgibt und in ein anderes Unternehmen eintritt.

Dies ist der Augenblick, auf den hin der frühere Arbeitgeber sich absichern muss, damit sein Angestellter nicht Geheimnisse verwertet, die der Unternehmer vielleicht in jahrelanger Forschung entwickelt hat, oder Kenntnisse weitergibt, die den Abnehmerkreis oder die Organisation des Betriebes betreffen. Die Preisgabe dieser Kenntnisse, die einen eigentlichen Wertfaktor eines Geschäftes darstellen[1], kann den Arbeitgeber erheblich schädigen. Er hat deshalb ein erhebliches Interesse daran, sich gegen eine solche Gefahr zu schützen[2].

Diesem Zweck dient das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag. Der Arbeitgeber kann sich damit soweit schützen, als er ein erhebliches Interesse hat, doch darf dabei das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschwert werden (Art. 340 und 340a OR). Das vertragliche Konkurrenzverbot gewährt dem Arbeitgeber einen viel besseren Schutz als die gesetzlichen Vorschriften des OR, des UWG oder des StGB, weil damit auch eine an sich erlaubte Tätigkeit in einem Konkurrenzbetrieb ausgeschlossen werden kann[3]. Der Arbeitgeber wird demnach immer dann ein Konkurrenzverbot verabreden, wenn ihm viel an der Geheimhaltung gelegen ist und ihm die gesetzlichen Schutzvorschriften nicht genügen.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, dass als Konkurrenzverbot gilt «die dem Dienstpflichtigen vertraglich auferlegte Verpflichtung, sich nach Beendigung des Dienstverhältnisses einer Konkurrenzierung seines früheren Dienstherrn zu enthalten»[4]. Zu seinem Wesen gehört insbesondere, dass es erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Kraft tritt. Während der Dauer der Anstellung ist der Arbeitgeber durch die gesetzliche Treuepflicht des Arbeitnehmers genügend geschützt (Art. 321a Abs. 3 und 4 OR)[5], anderseits verdient der Arbeitnehmer, der

[1] Vgl. BGE *55* II 260.
[2] Vgl. Hemmeler, S. 3.
[3] Hemmeler, S. 6 f.
[4] Schweingruber, N. 1 zu Art. 356 OR.
[5] Herold, S. 107; Guhl/Merz/Kummer, S. 410.

den Patron während der Dauer seiner Anstellung konkurrenziert, nicht den Schutz, den ihm die Artikel 340ff. OR gewähren[6].

Da das Konkurrenzverbot der Artikel 340ff. OR stets im Rahmen eines Arbeitsvertrages vereinbart wird, bildet es Bestandteil desselben und gilt nicht als selbständiger Vertrag. Man spricht deswegen oft vom «Konkurrenznebenvertrag» (im Gegensatz zum «Konkurrenzhauptvertrag», der selbständig, ohne Verbindung mit einem Arbeitsvertrag, abgeschlossen wird und seine Schranken nicht in den Regeln der Artikel 340ff. OR, sondern in den allgemeinen Schranken des Vertragsrechts, den Artikeln 27 und 28 ZGB und 19 und 20 OR, findet. Dies, weil das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber fehlt[7]) oder von der «Konkurrenzklausel»[8].

B. Interessenlage

Das Konkurrenzverbot kann vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer gleichzeitig mit dem Arbeitsvertrag vereinbart werden; auch nach Abschluss des Arbeitsvertrages kann das Verbot noch stipuliert werden. In beiden Fällen muss der Gesetzgeber den Arbeitnehmer, aus verschiedenen Motiven, schützen.

Besteht noch kein Vertrag zwischen den Parteien, so ist der Arbeitnehmer in dem Sinne die schwächere Vertragspartei, als er gezwungen ist, seine Arbeitskraft zu verwerten und damit die Bedingungen des Arbeitgebers anzunehmen. Dies mag heute, wo die Nachfrage nach Arbeitskräften das Angebot weit übersteigt, keine genügende Motivierung sein. Der Gesetzgeber kann jedoch auf die aktuelle Wirtschaftslage kaum Rücksicht nehmen, sind doch Gesetze dauerhaft und dazu bestimmt, auch in anderen wirtschaftlichen Situationen Gültigkeit zu haben. Die legislatorischen Motive sind daher typisiert und ihr Zutreffen ist nicht Voraussetzung der Anwendung einer Bestimmung im Einzelfall.

Im weitern ist der Arbeitnehmer vor oder beim Abschluss des Arbeitsvertrages meist recht sorglos hinsichtlich derjenigen Bestimmungen des Vertrages, deren Anwendung noch in weiter Ferne liegt und die ihn deshalb heute noch nicht interessieren.

Wird das Konkurrenzverbot erst nach Abschluss des Arbeitsvertrags vereinbart, so besteht schon ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien. Der Arbeitnehmer arbeitet unter der Aufsicht des Arbeitgebers und nach dessen Weisungen. Er «verkauft» dem Arbeitgeber seine «Arbeitskraft». Weil sich Arbeitskraft und Arbeitsleistung nicht von der Person des Arbeitenden trennen

[6] Becker, N.1 zu Art.356 OR.
[7] Vgl. Oser/Schönenberger, N.4 und 5 zu Art.356 OR; Becker, N.1 zu Art.356 OR.
[8] Becker, a.a.O.; Hemmeler, S.8; Pflüger, S.8.

lassen[9], ist mit dem Arbeitsverhältnis auch eine gewisse persönliche Unterordnung des Arbeitnehmers verbunden. Es besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber seine übergeordnete Stellung ausnützt, um der «wirtschaftlich schwächern Vertragspartei»[10], dem Arbeitnehmer, ein Konkurrenzverbot aufzuzwingen, das seine wirtschaftliche Freiheit und Freizügigkeit soweit einschränkt, dass er sozusagen gezwungen ist, die einmal angenommene Stellung zeitlebens beizubehalten.

Diesen Gefahren begegnet der Gesetzgeber in den Artikeln 340ff. OR mit einem weitgehenden Schutz des Arbeitnehmers. Auf der andern Seite hat, wie ausgeführt, auch der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung seiner Betriebsgeheimnisse.

Den Konflikt zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an einem möglichst umfassenden Konkurrenzverbot einerseits und dem Recht des Arbeitnehmers auf sein wirtschaftliches Fortkommen anderseits, zugleich ein Konflikt zwischen dem Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) und dem Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB)[11], muss das Gesetz durch eine gerechte Ordnung lösen, die «auf einer objektiven Abwägung der Interessen beider Parteien beruht»[12]. Die Lösung besteht darin, dass das Gesetz ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an einem Konkurrenzverbot anerkennt, dieses aber nur schützt, soweit eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (vgl. Art. 340a Abs. 1 OR).

Um den Schutz der Vertragsparteien zu gewährleisten und Rechtsunsicherheit zu vermeiden[13], ist der Gesetzgeber im neuen Arbeitsvertragsrecht dazu übergegangen, selbst zu bestimmen, welche Vorschriften zwingenden Rechtes sind. Die betreffenden Regeln finden sich im vierten Abschnitt des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 und 362 OR). Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen absolut zwingenden Vorschriften, die weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen (Art. 361 OR), und relativ zwingenden Vorschriften, von denen wohl zuungunsten des Arbeitgebers, nicht aber zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (Art. 362 OR). Die Lehre leitet daraus eine absolute und eine relative Nichtigkeit ab[14]: Ist eine Vorschrift zum Schutze beider Parteien aufgestellt worden, ist jede andere Vereinbarung nichtig (sog. absolute Nichtigkeit); ist dagegen eine Vorschrift nur zum Schutze des Arbeitnehmers geschaffen, bewirkt nur die Abweichung zu seinen Ungunsten die Nichtigkeit der Abrede (sog. relative Nichtigkeit). Dies folgt aus der allgemeinen Regel des Artikels 20 OR.

[9] Oser/Schönenberger, N. 9 der Vorbemerkungen zu den Art. 319–362 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 378.
[10] Schweingruber, S. 9.
[11] Pidoux, S. 13.
[12] Botschaft BR 1967, S. 36.
[13] Hug, Revision, S. 213.
[14] Hug, a. a. O.

Die Regeln über das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot sind im allgemeinen relativ zwingend, d.h. die Parteien dürfen Abweichungen nur zuungunsten des Arbeitgebers vereinbaren. Dadurch versucht der Gesetzgeber erneut, den Arbeitnehmer gegen den wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber zu schützen. Eine Ausnahme bildet der Artikel 340b OR, der die Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes regelt und absolut zwingend ist. Dies vor allem, weil auch der Arbeitgeber des Schutzes bedarf, wenn sein Angestellter das Verbot verletzt.

C. Konkurrenzverbot und allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers

Die Treuepflicht, die in Artikel 321a Absatz 3 und 4 OR näher umschrieben ist, verbietet dem Arbeitnehmer, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber zu konkurrenzieren. «Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert. Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienste des Arbeitgebers Kenntnis erlangt hat, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen» (Art. 321a Abs. 3 und 4 OR).

Unter der Herrschaft des alten Dienstvertragsrechts leiteten Lehre und Rechtsprechung aus der gesetzlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 328a OR) das Verbot der Geheimnisverletzung bzw. die Schweigepflicht ab, die das Arbeitsverhältnis überdauerte[15]. Diese Pflicht zur Geheimhaltung wurde angenommen, wenn der Arbeitnehmer vertraglich gehalten war oder aus den Umständen schliessen musste, dass ihm nur unter der Voraussetzung der Geheimhaltung Einblick in gewisse Tatsachen und Vorgänge gewährt wurde[16]. Es stellte sich dann die Frage nach dem Verhältnis dieser gesetzlichen Schweigepflicht zum vertraglichen Konkurrenzverbot. Während sich das Bundesgericht für eine gegenseitige Unabhängigkeit der beiden Institute aussprach[17], entschied sich GYSIN für eine exklusive Anwendung der Vorschriften über das Konkurrenzverbot, sobald die Geheimnisse zur Ausübung von Konkurrenz im Sinne der Artikel 356ff. aOR verwendet werden sollten[18]. OSER/SCHÖNENBERGER wollten den Begriff der «Verwertung der Arbeitskraft» restriktiv auslegen[19], nach BECKER waren die

[15] So BGE *64* II 172, *80* IV 33, *88* II 319; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 32 zu Art. 319; BEKKER, N. 7 zu Art. 326, N. 13 zu Art. 356 OR; GYSIN, S. 56; RAAFLAUB, S. 63ff; VON BÜREN, N. 13 und 14 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG.
[16] BGE *64* II 172.
[17] BGE *64* II 174.
[18] GYSIN, S. 57.
[19] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 32 zu Art. 319, N. 7 zu Art. 356 OR.

Vorschriften der Artikel 356ff. aOR analog anzuwenden, sobald die Geheimhaltungspflicht indirekt auf ein Konkurrenzverbot hinausliefe[20], und RAAFLAUB liess die Schweigepflicht nur gelten, wo es sich um besonders schutzwürdige Geheimnisse handelte[21].

Das neue Arbeitsvertragsrecht bestimmt in Artikel 321a Absatz 4 OR ausdrücklich, dass der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet bleibe, «soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist». Trotz dieser klaren Bestimmung ist auch heute die Abgrenzung zwischen dem allgemeinen Geheimnisschutz des Artikels 321a OR und dem arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot schwierig.

Als Geheimnis im Sinne des Artikels 321a OR gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung alles, was nicht notorisch oder allgemein zugänglich ist und was der Arbeitgeber aus berechtigten Interessen geheimhalten will[22]. Und auch der Bundesrat stellt in seiner Botschaft fest, dass sich die Geheimhaltungspflicht auf einen «weiteren Kreis von geheim zu haltenden Tatsachen» beziehe als das Konkurrenzverbot[23]. Allerdings hat das Bundesgericht die Geltung des allgemeinen Geheimnisschutzes in der Weise einzuschränken versucht, dass es die Ausnützung solcher Geheimnisse durch den früheren Arbeitnehmer nur dann als widerrechtlich erachtet, wenn die Geheimhaltungspflicht vertraglich statuiert worden sei oder wenn der Arbeitnehmer aus den Umständen schliessen müsse, es liege ein Geheimnis vor, das ihm nur unter Vorbehalt der Geheimhaltung zugänglich gemacht worden sei[24].

Es ist nun stossend, wenn das Konkurrenzverbot, das mit einem engeren Geheimnisbegriff arbeitet (alles, was in die berufliche Erfahrung des Arbeitnehmers eingeht, gilt hier ohne Rücksicht auf den Willen des Arbeitgebers nicht als «Geheimnis»[25]), zeitlich, örtlich und sachlich beschränkt werden muss und mit Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers durchtränkt ist, ausserdem zu seiner Gültigkeit der Schriftform bedarf, die allgemeine Geheimhaltungspflicht hingegen formlos und ohne Vereinbarung zwischen den Parteien besteht, mit einem weiteren Geheimnisbegriff arbeitet sowie zeitlich, örtlich und sachlich unbegrenzt wirkt, soweit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat[26].

Dieser Konflikt lässt sich m. E. nur lösen, indem man den Geheimnisschutz des Artikels 321a OR nur auf besonders originelle und schöpferische Geheimnisse

[20] BECKER, N. 13 zu Art. 356.
[21] RAAFLAUB, S. 64 ff.
[22] BGE *88* II 322.
[23] Botschaft BR 1967, S. 159.
[24] BGE *64* II 172, *88* II 322, *80* IV 30.
[25] Vgl. hinten S. 35.
[26] Indessen schränkt auch das Erfordernis des «berechtigten Interesses» die Wirkung der allgemeinen Geheimhaltungspflicht gegenüber dem Konkurrenzverbot nicht ein, verlangt das Gesetz doch auch beim Konkurrenzverbot ein «erhebliches Interesse» des Arbeitgebers, was wohl eher noch stärker ist als das «berechtigte Interesse».

anwendet oder aber auf Kenntnisse, die der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfahren hat[27].

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, dass das vertragliche Konkurrenzverbot dem Arbeitnehmer jede konkurrenzierende Tätigkeit, so das Führen eines Konkurrenzgeschäftes, die Betätigung in einem solchen oder die Beteiligung daran (Art. 340 Abs. 1 OR) verbietet. Die gesetzliche Schweigepflicht verhält ihn dagegen nur dazu, geheim zu haltende Tatsachen nicht weiterzugeben. Ohne Vereinbarung eines vertraglichen Konkurrenzverbots darf der Arbeitnehmer also in einem Konkurrenzunternehmen tätig sein und sich an einem solchen beteiligen, solange er keine Geheimnisse des ehemaligen Arbeitgebers verrät; es sei denn, eine Anstellung und Arbeit bei einem neuen Arbeitgeber sei offensichtlich nur möglich, wenn der Arbeitnehmer Geheimnisse des früheren Arbeitgebers verrät. Mit einem Konkurrenzverbot kann schon diese Gefährdung des früheren Arbeitgebers unterbunden werden, indem der Arbeitnehmer nicht in einem Konkurrenzbetrieb arbeiten darf und so auch nicht in Versuchung kommt, Geheimnisse zu verraten.

Während eine Übertretung des Konkurrenzverbots leicht nachzuweisen ist, dürfte der Arbeitgeber in Schwierigkeiten geraten, wenn er beweisen muss, dass der Arbeitnehmer ein Geheimnis verraten hat. Dessen neuer Arbeitgeber wird ein «schlechter» Zeuge sein, weil er sich durch ein Geständnis allenfalls der Strafe aussetzen wird (Art. 1 Abs. 2 lit. f und g, 13 lit. f und g, 14, 15 UWG, 162 StGB). Andere Zeugen oder Beweismittel werden sich schwerlich finden lassen.

Ein letzter Unterschied zwischen gesetzlicher Schweigepflicht und vertraglichem Konkurrenzverbot liegt in der Verantwortung des Arbeitnehmers bei einem Verstoss gegen seine Pflichten. Verletzt der Arbeitnehmer die gesetzliche Geheimhaltungspflicht des Artikels 321a Absatz 4 OR nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses, hat der frühere Arbeitgeber gegen ihn einen Anspruch auf Schadenersatz nach Artikel 28 ZGB und 41 OR, denn es handelt sich um die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht und ein Vertrag zwischen den Parteien besteht nicht mehr, und einen Unterlassungsanspruch nach denselben Artikeln. Übertritt der Arbeitnehmer ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot, hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Schadenersatz (Art. 340b Abs. 1 OR) und, wenn verabredet, einen Anspruch auf die Konventionalstrafe (was insbesondere den Vorteil hat, dass diese dem Arbeitgeber verfällt, ohne dass er einen Schaden erlitten hat: Artikel 161 Absatz 1 OR) und Ersatz des weiteren Schadens (Art. 340b Abs. 2 OR). Ausserdem kann der Arbeitgeber, wenn die besonderen Voraussetzungen des Artikels 340b Absatz 3 OR erfüllt sind, die Realerfüllung verlangen.

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber gegen jegliche Konkurrenztätigkeit und gegen Geheimnisverrat gesetzlich geschützt (Art. 321a

[27] Ähnlich RAAFLAUB, S. 64 ff.

Abs. 3 und 4 OR). Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildet das vertragliche Konkurrenzverbot eine sinnvolle Ergänzung zur gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht. Beide Institute bestehen unabhängig voneinander[28]. Dem Arbeitgeber wird durch Artikel 321 a Absatz 4 OR ohne Vorliegen der strengen Voraussetzungen der Artikel 340 ff. OR ein grundlegender Schutz gegen Geheimnisverrat gewährt[29]. Will er dem Arbeitnehmer schon die Konkurrenztätigkeit verbieten und so jede Gefährdung seiner Geheimnisse vermeiden, hat er ein Konkurrenzverbot zu verabreden. Das Konkurrenzverbot bietet dem Arbeitgeber wesentliche Vorteile: Er kann sich gegen jede Konkurrenztätigkeit schützen, hat keine Beweisschwierigkeiten bei einer Verletzung des Verbots, kann Konventionalstrafe und die Möglichkeit der Realexekution vorsehen, so dass er gegen Verletzungen besser geschützt ist.

D. Konkurrenzverbot und verfassungsmässige Freiheitsrechte

In Artikel 31 gewährleistet die Bundesverfassung die *Handels- und Gewerbefreiheit*. Es ist Zweck dieser Bestimmung, dass jeder Bürger «seine Erwerbskraft frei betätigen und verwerten» kann, «d. h. er soll mit allen andern in freie Konkurrenz treten können; Art. 31 garantiert das wirtschaftliche System der freien Konkurrenz». Zur freien Konkurrenz gehört, dass der Arbeitnehmer in der «Verwertung seiner individuellen Kräfte nicht gehindert» wird[30].

Die Garantie der *persönlichen Freiheit* gehört dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an[31]. Sie gewährleistet dem Menschen ganz allgemein das Recht auf Achtung seiner Persönlichkeit, worin das Recht jeder Person «auf Entfaltung ihrer Kräfte im wirtschaftlichen Leben» eingeschlossen ist[32].

Man kann sich die Frage stellen, ob ein vertragliches Konkurrenzverbot, das den Arbeitnehmer in seiner wirtschaftlichen Freiheit immerhin erheblich beschränken kann, nicht gegen diese Grundsätze verstosse. Die von der Verfassung gewährleisteten Freiheitsrechte sind subjektiv-öffentliche Rechte[33], d. h. sie bieten unmittelbar nur Schutz gegen Eingriffe des Staates[34]. Weder die Handels- und Gewerbefreiheit noch die persönliche Freiheit garantieren dem Bürger eine wirtschaftliche Tätigkeit, die frei von Eingriffen anderer privater Gewerbegenossen ist[35].

[28] Botschaft BR 1967, S. 159.
[29] Vgl. dazu den Bericht EJPD 1964, S. 42 f.
[30] Burckhardt, S. 233.
[31] Huber, ZBJV 91bis, 1955, S. 103 und 105; Fleiner/Giacometti, S. 241 f.; BGE *89* I 98, *90* I 36.
[32] BGE *52* II 383; vgl. auch BGE *90* I 38.
[33] Fleiner/Giacometti, S. 242; Egger, N. 10 zu Art. 28 ZGB.
[34] Fleiner/Giacometti, S. 242 und 282; Egger, a. a. O.; Bürgi, ZSR 66, 1947, S. 3; BGE *52* II 384, *62* II 100, *86* II 376; Hemmeler, S. 11; Pflüger, S. 10.
[35] Burckhardt, S. 225; Fleiner/Giacometti, S. 282; Bürgi, a. a. O.; Herold, S. 16.

Aus der Handels- und Gewerbefreiheit leitet das Bundesgericht jedoch ab, dass die schweizerische Wirtschaft auf dem Prinzip des freien Wettbewerbs beruhe[36]. Auch durch private Abmachungen dürfe der freie Wettbewerb somit nicht völlig ausgeschaltet werden. Jeder Bürger habe das Recht, sich am Wettbewerb zu beteiligen und seine Tätigkeit so zu organisieren, wie ihm beliebe. Dies seien Ausflüsse der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB). Daraus leitet das Bundesgericht schliesslich ab, dass jeder Bürger auch sein persönliches Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit habe, das ihm einen Anspruch auf ein gesichertes wirtschaftliches Fortkommen gebe[37].

Das bedeutet, dass die Freiheitsrechte auch im Privatrecht ihre Parallelen finden. Diese ergeben sich aus den Artikeln 27 und 28 ZGB[38]. Das Konkurrenzverbot ist deshalb noch im Hinblick auf diese Bestimmungen zu prüfen.

E. Konkurrenzverbot – Persönlichkeitsschutz – Vertragsfreiheit

Nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Artikel 19 Absatz 1 OR bestimmt, dass der Inhalt eines Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgelegt werden kann. Auf den ersten Blick erscheinen diese zwei Bestimmungen widersprüchlich. Artikel 27 ZGB schützt die Persönlichkeit, zu der auch die «wirtschaftliche Betätigungsfreiheit» gehört[39], welche vor allem das berufliche Fortkommen sichert[40]. Artikel 19 OR schützt die Vertragsfreiheit, die wesentlicher Teil der privatrechtlichen persönlichen Freiheit ist[41] und die es erlaubt, die freie Persönlichkeit vertraglich zu binden[42].

Der erwähnte Widerspruch ist nur vermeintlich. Artikel 19 OR gewährleistet die Vertragsfreiheit nur innert den Schranken des Gesetzes; Artikel 27 ZGB erklärt eine das Recht oder die Sittlichkeit verletzende Bindung unzulässig. Daraus folgt, dass die Vertragsfreiheit nur in den Schranken des Artikels 27 ZGB gilt und eine vertragliche Bindung, die Gesetz oder Sitten verletzt, ungültig ist (Art. 20 Abs. 1 OR)[43].

Das Konkurrenzverbot ist an sich nicht unsittlich; denn das Gesetz sieht es selbst vor. Es ist vielmehr zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen es als un-

[36] BGE *82* II 302, *86* II 376.
[37] BGE *52* II 383, *86* II 376 f.
[38] Vgl. Bridel, S. 100; Merz, S. 17 ff.
[39] Bürgi, ZSR 66, 1947, S. 10; Jäggi, ZSR 79 II, 1960, S. 222a; Egger, N. 35 und 36 zu Art. 27 ZGB.
[40] BGE *50* II 486.
[41] Egger, N. 2 zu Art. 27 ZGB.
[42] BGE *50* II 486.
[43] Oser/Schönenberger, N. 42 zu Art. 20 OR; Becker, N. 61–63 zu Art. 19 OR; Egger, N. 3 zu Art. 27 ZGB.

sittlich zu gelten hat. Dabei ist davon auszugehen, dass eine vertragliche Bindung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Leben das normale Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ist[44]. Unsittlich kann die Beschränkung nur sein, wenn sie übermässig ist; dazu erklärt das Bundesgericht in einem neueren Entscheid, dass die vertragliche Beschränkung der Entschlussfreiheit in wirtschaftlichen Belangen jedenfalls dann nicht gegen Artikel 27 Absatz 2 ZGB verstosse, wenn sie die wirtschaftliche Existenz des Vertragsschliessenden nicht gefährde[45]. Obwohl das Bundesgericht daraus den Schluss nicht zulässt, dass jede vertragliche Bindung, welche die wirtschaftliche Existenz eines Vertragsschliessenden gefährde oder durch welche dieser sich seiner wirtschaftlichen Freiheit entäussere, widerrechtlich sei, wird man doch annehmen müssen, dass ein Konkurrenzverbot, das durch seinen Umfang die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers schwer gefährdet und ein berufliches Fortkommen verunmöglicht, nach Artikel 20 Absatz 1 OR nichtig wäre.

Nun enthält jedoch das Arbeitsvertragsrecht in Artikel 340a eine spezielle Regelung, die es dem Richter erlaubt, ein übermässiges Konkurrenzverbot in seinem Umfang zu beschränken. Wie verhält sich diese Bestimmung zur allgemeinen Regel des Artikels 20 OR?

Die neuere Lehre und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass die Artikel 340ff. OR eine spezialisierte Anwendung von Artikel 27 ZGB und 20 OR darstellen und darum in den Voraussetzungen dem Artikel 27 ZGB und in den Folgen dem Artikel 20 OR vorgehen. Dazu führte das Bundesgericht aus: «En effet outre la règle générale de l'art. 20 le CO revisé a édicté, en matière d'interdiction de concurrence stipulée dans un contrat de travail, une règle *spéciale* destinée à permettre au juge de maintenir l'interdiction tout en en restreignant la portée: il ne doit plus, d'après l'art. 357 (heute Art. 340a, der Verf.) la déclarer nulle en entier parce qu'illimitée, mais il doit simplement y introduire les limitations nécessaires pour que son contenu n'excède plus les bornes fixées par la loi à la liberté de contractes[46]». Daraus ergibt sich, dass Artikel 20 OR bei Konkurrenzverboten, die wegen ihres Umfanges unsittlich erscheinen, nicht zur Anwendung kommt[47]. Erscheint das Konkurrenzverbot infolge seines Umfanges als unsittlich, schränkt der Richter das Verbot auf das erlaubte Mass ein (Art. 340a Abs. 2 OR) und schützt dadurch die Interessen beider Parteien[48].

Anders ist es, wenn das Verbot nicht wegen zu grossen Umfangs, sondern

[44] BGE *50* II 486.
[45] BGE *95* II 57 (Praxisänderung); vgl. auch Egger, N. 35 zu Art. 27 ZGB; BGE *50* II 486, *51* II 222, *53* II 329, *84* II 277.
[46] BGE *43* II 662; vgl. auch BGE *95* II 535 E. 2.
[47] Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 357 OR; Egger, N. 35 zu Art. 27 ZGB; Kuttler, S. 15; anders Hemmeler, S. 40f., widerlegt durch Scherrer, S. 67f.
[48] Kuttler, S. 15.

aus anderen Gründen unsittlich ist. Beispiele dafür sind insbesondere die Ausbeutungsabsicht des Arbeitgebers oder die «Verpfändung des Ehrenwortes»[49], wo sich der Arbeitnehmer durch sein Ehrenwort verpflichten muss, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder Konkurrenz zu enthalten. Diese Fälle sind weiterhin nach den Artikeln 19 und 20 OR zu beurteilen. Eine Verknüpfung der Ehre mit wirtschaftlichen Interessen verstösst gegen die guten Sitten und ist demnach nichtig[50]. Ob damit das ganze Verbot nichtig ist, wie SCHERRER annimmt[51], ist fraglich. In Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 OR scheint es richtig, dass lediglich die Ehrenklausel ungültig ist, das Konkurrenzverbot als solches jedoch bestehen bleibt[52]. So werden auch die Interessen der Parteien besser gewahrt.

F. Konkurrenzverbot und unlauterer Wettbewerb

Der Unterschied zwischen dem vertraglichen Konkurrenzverbot und den gesetzlichen Regeln des UWG liegt darin, dass das Konkurrenzverbot sich gegen eine Konkurrenztätigkeit wendet, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erlaubt ist; das UWG wendet sich gegen einen Missbrauch des Wettbewerbs durch ein die Grundsätze von Treu und Glauben verletzendes Verhalten. Hier handelt es sich um ein deliktisches Verhalten, dort um eine an sich erlaubte Tätigkeit, die sich als Vertragsbruch darstellt[53].

Unlauterer Wettbewerb ist «jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen» (Art. 1 Abs. 1 UWG). In Absatz 2 des gleichen Artikels wird näher ausgeführt, was insbesondere gegen Treu und Glauben verstösst. Im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot sind insbesondere lit. f und g dieser Bestimmung näherer Betrachtung wert. Nach ihnen verstösst gegen Treu und Glauben, wer Arbeitnehmer zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers verleitet (lit. f) und wer «Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verwertet oder anderen mitteilt, die er ausgekundschaftet oder von denen er sonstwie gegen Treu und Glauben Kenntnis erlangt hat» (lit. g).

[49] EGGER, N. 33 zu Art. 27 ZGB.

[50] EGGER, N. 33 zu Art. 27 ZGB; SCHERRER, S. 67; HEMMELER, S. 40; falsch ist der Hinweis von PFLÜGER, S. 11, dass das Bundesgericht in BGE *30* II 523 ein ehrenwörtliches Versprechen nichtig erklärt habe. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage gar nicht Stellung genommen (so SCHERRER, S. 67, N. 21). Es hat vielmehr das Konkurrenzverbot gelten lassen, obwohl sich der Arbeitnehmer ehrenwörtlich verpflichtet hatte. Daraus liesse sich eher der Schluss ziehen, das Bundesgericht betrachte eine solche ehrenwörtliche Verpflichtung nicht als unsittlich.

[51] SCHERRER, S. 67.

[52] In diesem Sinn EGGER, N. 33 zu Art. 27 ZGB.

[53] HEROLD, S. 106 f.

Die Bestimmungen des UWG sind nur anwendbar, wenn ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt[54], und zwar ein solches spezifischer Art: Es müssen sich Subjekte des Wettbewerbs gegenüberstehen. «Wettbewerbssubjekt im Sinne des Wettbewerbsrechtes ist nur der *selbständig Erwerbende,* denn er allein steht mit voller Persönlichkeit im Wettbewerb»[55]. Der Arbeitnehmer ist nur mittelbar durch seinen Arbeitgeber am Wettbewerb beteiligt[56]. Er kann die Regeln des UWG nur übertreten, wenn er nach seinem Austritt selbst ein Konkurrenzgeschäft eröffnet, nicht aber «wenn er nur Angestellter eines Mitbewerbers geworden ist»[57]. Dies bedeutet eine wesentliche Einschränkung gegenüber dem vertraglichen Konkurrenzverbot.

Noch enger beschränkt wird der Schutz, den das UWG dem Arbeitgeber gewährt dadurch, dass dieser gegen seinen früheren Arbeitnehmer und jetzigen Mitbewerber nur vorgehen kann, wenn dieser Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des früheren Arbeitgebers verwertet oder weitergibt (dies verletzt bereits den Grundsatz von Treu und Glauben, denn ein Wettbewerb, der auf einer Missachtung der gesetzlichen Schweigepflicht des Artikels 321a Absatz 4 OR beruht, ist immer missbräuchlich[58]), während sich dieser durch ein Konkurrenzverbot umfassend gegen jede Konkurrenztätigkeit seines Arbeitnehmers schützen kann. Gegen den neuen Arbeitgeber kann man nach UWG vorgehen, wenn dieser wissentlich Tatsachen verwertet, die ihm sein neuer Arbeitnehmer entgegen seiner gesetzlichen oder vertraglichen Schweigepflicht mitteilt, oder wenn er diesen zur Auskundschaftung oder zum Verrat solcher Geheimnisse verleitet hat (Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG)[59].

Aus diesen Gründen bietet das vertragliche Konkurrenzverbot dem Arbeitgeber wesentliche Vorteile gegenüber dem Schutze des UWG. Er kann dem Arbeitnehmer jede Konkurrenztätigkeit verbieten, auch wenn sie nicht gegen das UWG verstösst, er kann den Schutz umfassender gestalten, indem er auch Tatsachen, die nicht Geheimnisse im Sinne des UWG sind, vor Verwertung oder Weitergabe schützen kann, er hat den mühsamen Beweis, dass der Arbeitnehmer Geheimnisse verraten hat, nicht zu erbringen, er kann sich durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe vom schwierigen Schadensnachweis befreien. Das UWG ist eine wertvolle Ergänzung des Konkurrenzverbots, vermag dieses jedoch nicht zu ersetzen[60].

[54] BGE *80* IV 33, *82* II 546; von Büren, N. 39 zu Allg.
[55] Von Büren, N. 40 zu Allg.
[56] BGE *80* IV 33.
[57] Von Büren, N. 16 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG.
[58] Vgl. BGE *77* II 266 E. 1 und Hinweis , zu einem Treueverhältnis aus Werkvertrag.
[59] BGE *86* II 113; von Büren, N. 19 zu Allg.; der Arbeitnehmer wäre allenfalls als Miturheber, Gehilfe oder Mittäter verantwortlich, vgl. BGE *82* II 547, *80* IV 33.
[60] Über die zivil- und strafrechtlichen Folgen bei Widerhandlung gegen Bestimmungen des UWG vgl. dessen Art. 2 bzw. 13.

G. Konkurrenzverbot und strafrechtlicher Schutz des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses

Neben den Strafbestimmungen des UWG kennt auch das Strafgesetzbuch Vorschriften zum Schutze des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses. Im Gegensatz zum UWG ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit nach StGB.

Nach Artikel 162 StGB wird bestraft, «wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät» (Abs. 1) und «wer den Verrat sich zunutze macht» (Abs. 2). Geheimnis im Sinne dieser Bestimmung sind alle «weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der den Vorgang Beherrschende ein berechtigtes Interesse hat und die er tatsächlich geheimhalten will»[61].

Die Geheimhaltungspflicht kann in einem Vertrag (z. B. in einem Konkurrenzverbot) oder im Gesetz verankert sein. Zum erforderlichen Vorsatz gehört, dass der Täter weiss, dass es sich um ein Geheimnis handelt und dass er zur Geheimhaltung verpflichtet ist (so in Abs. 1) oder dass es durch Verletzung dieser Pflicht verraten wurde (so in Abs. 2 des Art. 162 StGB)[62]. Daraus folgt, dass sowohl der Arbeitnehmer, der ein Geheimnis verrät, als auch der Arbeitgeber, der sich diesen Verrat zunutze macht, nach Artikel 162 StGB bestraft werden können[63].

Die Vorschriften des Strafgesetzbuches verbieten indes nur den Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen, während durch ein vertragliches Konkurrenzverbot schon die Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen untersagt werden kann. Zudem ergeben sich für den Arbeitgeber wiederum Schwierigkeiten für den Beweis des Geheimnisverrates. Der strafrechtliche Schutz kann eine wertvolle Ergänzung zum Konkurrenzverbot bilden. Psychologisch hat er eine stärkere Wirkung auf den Arbeitnehmer als das Konkurrenzverbot; eine Verletzung des Konkurrenzverbots hat nur zivilrechtliche Folgen, während ein Verstoss gegen Artikel 162 StGB mit Gefängnis oder Busse geahndet wird.

[61] BGE *80* IV 27 E. 2a.
[62] Germann zu Art. 162 StGB.
[63] Bei Geheimnisverrat an ausländische Unternehmen evtl. wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 StGB); evtl. auch Strafbarkeit nach Art. 320 und 321 StGB (Verletzung des Amts-, bzw. Berufsgeheimnisses).

II. Konkurrenzverbote in andern als Arbeitsverträgen

Die strengen Schutzvorschriften der Artikel 340ff. OR beim arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot erklären sich daraus, dass der Gesetzgeber der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheit der Parteien Rechnung tragen will. Der Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei soll gegen den stärkeren Partner, den Arbeitgeber, geschützt werden[1]. Bei anderen Vertragsverhältnissen besteht dieses Abhängigkeitsverhältnis nicht[2]. «Hauptsächlich auf Grund dieser Überlegungen ist das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die durch Art. 356ff. OR (heute 340ff. OR, der Verf.) aufgestellten Beschränkungen auf Konkurrenzverbotsklauseln bei andern Vertragsarten (Kauf, Miete, Pacht, Gesellschaft) nicht anwendbar seien. Die in solchen Verträgen vorgesehenen Beschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit einer Partei sind vielmehr ausschliesslich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von Art. 19 und 20 OR, sowie Art. 27 und 28 ZGB zu beurteilen»[3]. Aus den gleichen Gründen ist auch ein erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossenes Konkurrenzverbot nicht nach den Regeln von Artikel 340ff. OR, sondern nach den allgemeinen Regeln über die Schranken des Vertragsrechts (Art. 19 und 20 OR, 27 und 28 ZGB) zu beurteilen[4].

Die gesetzlichen Konkurrenzverbote, die der Gesetzgeber für einzelne Vertragsverhältnisse vorsieht (Prokura und Handlungsvollmacht in Art. 464 OR; einfache Gesellschaft in Art. 536 OR; Kollektiv- und Kommanditgesellschaft in Art. 561 OR), gelten nur für die Dauer des Verhältnisses. Nach dessen Auflösung ist der Ausscheidende frei, seine Vertrags- oder Gesellschaftspartner zu konkurrenzieren[5]. Diese Konkurrenzverbote sind deshalb für die vorliegende Arbeit von geringem Interesse und werden in der Folge nicht weiter berücksichtigt.

Auf das Konkurrenzverbot im Agenturvertrag sind die Vorschriften der Artikel 340ff. OR analog anzuwenden (Art. 418d Abs. 2 OR). Der Agent hat jedoch, im Gegensatz zum Arbeitnehmer, einen gesetzlichen Anspruch auf ein besonderes Entgelt (sog. Karenzentschädigung)[6].

Im folgenden werden die wichtigsten vertraglichen Konkurrenzverbote etwas näher betrachtet (Kauf, Miete, Pacht, Gesellschaft). Anschliessend werden die allgemeinen Regeln, die für diese Konkurrenzverbote gelten, kurz dargestellt.

[1] BGE *51* II 222, 300, *92* II 26, *95* II 536; Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 10f.; ZBJV 107, 1971, S. 149; Kaeslin, SJZ 45, 1949, S. 271.

[2] Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 356 OR.

[3] BGE *95* II 536; vgl. auch BGE *51* II 222, 300, 440, *53* II 329; Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 10f.; Urteil der Cour de Justice Genf vom 29.4.1958, in SJ 81, 1959, S. 392.

[4] BGE *95* II 536; Oser/Schönenberger, a.a.O.

[5] Hemmeler, S. 70; Herold, S. 126.

[6] Guhl/Merz/Kummer, S. 450.

A. Konkurrenzverbot im Kaufvertrag

Das mit einem Kaufvertrag verbundene Konkurrenzverbot wird immer dann aktuell, wenn sich der Kauf auf einen Gewerbebetrieb bezieht, den der Käufer weiterführen will. In diesen Fällen nimmt das Bundesgericht an, mit dem Geschäft seien alle materiellen und immateriellen Güter, welche der Ausübung des Gewerbes dienen, mitveräussert, wenn die Parteien nichts anderes verabredet haben[7]. Diese Rechtsprechung folgert aus dem Übergang der materiellen und immateriellen Güter eine Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die Fortsetzung des Betriebes zu ermöglichen, ihn insbesondere in die Beziehungen zur Kundschaft eintreten zu lassen, «also selber keinerlei Geschäftsbeziehungen derselben Art mir ihr zu unterhalten»[8]. Das Konkurrenzverbot ist also ohne ausdrückliche gegenteilige Abrede Teil der Verpflichtung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag.

Dieses durch blosse Auslegung des Vertragszweckes gewonnene Konkurrenzverbot ist jedoch eng begrenzt. Es umfasst nur die Führung eines gleichen Geschäftes unter Übernahme der alten Kundschaft. Beteiligung, Unterstützung und Mitarbeit in einem Konkurrenzgeschäft hindert es nicht. Zeitlich umfasst es nur die Dauer, während der sich der Käufer in das Geschäft einarbeitet. Nachher hängt es nicht mehr vom Konkurrenzverbot, sondern von den persönlichen Fähigkeiten des Käufers ab, ob er sich die übernommene Kundschaft erhalten kann[9].

Will sich der Käufer einen weitergehenden Schutz verschaffen, muss er mit dem Verkäufer ein ausdrückliches Konkurrenzverbot verabreden. Das Konkurrenzverbot im Kaufvertrag ist immer entgeltlich. Beim Geschäftsverkauf stellt der Kaufpreis auch das Entgelt für die Unterwerfung des Verkäufers unter das Konkurrenzverbot dar[10]. Deshalb und weil ein Abhängigkeitsverhältnis, wie es im Arbeitsvertrag besteht, fehlt[11], rechtfertigt sich ein Konkurrenzverbot in grösserem Umfang. Die Artikel 340 ff. OR werden nicht angewendet, und es gelten nur die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit (Art. 27 und 28 ZGB, 19 und 20 OR)[12].

Die Haftung des Verkäufers bei Nichteinhaltung des Konkurrenzverbotes bestimmt sich nach den Regeln über die Nichterfüllung eines Vertrags (Art. 97 ff. OR). Das Konkurrenzverbot fällt dahin durch Ablauf der vereinbarten Zeit, Verzicht des Berechtigten oder Wegfall des Interesses des Berechtigten[13].

[7] BGE *22,* 820; Hemmeler, S. 61; Herold, S. 127.
[8] BGE *50* II 487 f.; vgl. auch BGE *24* II 864, *27* II 550.
[9] Vgl. Hemmeler, S. 61; Herold, S. 127.
[10] BGE *51* II 301; Kuttler, S. 41; Herold, S. 127 f.
[11] BGE *51* II 300.
[12] BGE *51* II 222, 300, *53* II 329, *95* II 536; Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 356 OR.
[13] Herold, S. 128.

B. Konkurrenzverbot im Miet- und Pachtvertrag

Bei Miet- und Pachtverträgen lassen sich zwei Arten von Konkurrenzverboten unterscheiden, einerseits ein solches zugunsten des Mieters, anderseits ein solches zugunsten des Vermieters.

1. Im ersten Fall wird ein Lokal zum Betrieb eines Geschäftes gemietet. Der Vermieter verpflichtet sich dem Mieter gegenüber, im nämlichen Mietobjekt weder Räume für einen Geschäftsbetrieb zu vermieten, welcher den Mieter konkurrenziert, noch selber ein solches Geschäft zu eröffnen. Dieser Schutz vor Konkurrenz sichert dem Mieter in der Regel seinen wirtschaftlichen Erfolg und dem Vermieter damit den «reibungslosen Eingang der Mietzinse»[14]. Ob das Konkurrenzverbot wie beim Kauf auch ohne ausdrückliche Abrede im Mietvertrag mitenthalten sei, ist fraglich. Man wird mit HEMMELER annehmen[15], dass der Vermieter dem Mieter die Sache in gebrauchsfähigem Zustand übergeben und erhalten müsse (Art. 253–255 OR), für den wirtschaftlichen Erfolg dagegen nicht einzustehen habe. Eröffnet der Vermieter ein Konkurrenzunternehmen oder vermietet er Räumlichkeiten für ein solches, wird dadurch der vertragsmässige Gebrauch nicht erschwert, der wirtschaftliche Erfolg des Gebrauchs wird jedoch darunter leiden. Der Vermieter steht für den Geschäftserfolg nicht ein. Deshalb muss das Konkurrenzverbot im Mietvertrag ausdrücklich vereinbart sein; es ist nicht schon im Mietverhältnis als solchem enthalten[16].

Dem Bundesgericht hat sich die weitere Frage gestellt, wann ein Konkurrenzverbot im Mietvertrag verletzt sei[17]. Ist es verletzt, wenn sich der Vermieter gegenüber einem Drogisten verpflichtet, im gleichen Gebäudekomplex kein Konkurrenzunternehmen einzumieten, in den im gleichen Haus eingemieteten Konsum- und Coiffeurläden jedoch auch Drogeriewaren verkauft werden? Das Bundesgericht entschied mit Recht, es komme auf den Umfang des Sortimentes an, das die beiden andern Unternehmen führen. Wenn Konsumverein und Coiffeur dazu übergehen, zahlreiche Artikel zu verkaufen, die auch in Drogerien vertrieben werden, kann sich daraus ein Sachverhalt ergeben, der der Neueröffnung eines Konkurrenzgeschäftes gleichzusetzen ist.

Die Folge einer Übertretung des Konkurrenzverbotes besteht darin, dass der Vermieter dem Mieter den Schaden nach Artikel 97 ff. OR zu ersetzen hat. Überdies hat der Mieter nach Artikel 98 Absatz 3 OR einen Erfüllungsanspruch, kann also den Vermieter zwingen, das Mietverhältnis mit dem Konkurrenten aufzulösen oder diesem zu verbieten, die Konkurrenztätigkeit weiter auszuüben[18]. Hal-

[14] BGE *95* II 437; KUTTLER, S. 42 f.
[15] HEMMELER, S. 67 f.
[16] BGE *39* II 586, *95* II 438 («Angesichts dieser Vertragsbestimmung...»); KUTTLER, S. 43.
[17] BGE *95* II 433.
[18] KUTTLER, S. 43.

ten sich die Konkurrenten nicht an das Verbot, wird der Vermieter haftbar. Er hat ein Regressrecht gegen seine Mieter, wenn sich diese zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet haben[19].

Mit der Auflösung des Mietvertrages erlischt auch das Konkurrenzverbot, weil dann das Interesse des Berechtigten dahinfällt[20].

2. Im zweiten Fall verpflichtet sich der Mieter gegenüber dem Vermieter, eine bestimmte Tätigkeit während der Dauer des Mietverhältnisses nicht auszuüben. Diese Verpflichtung wird meist mit der Pflicht des Vermieters verbunden, kein Geschäft zu dulden, das dem Mieter Konkurrenz macht, und ist gleich zu beurteilen wie dies (vgl. vorne 1).

3. Der Mieter kann sich auch verpflichten, nach Auflösung des Mietverhältnisses während bestimmter Zeit und in bestimmtem Umfang dem Vermieter keine Konkurrenz zu machen. Dieses Verbot wird erst nach Ablauf des Mietverhältnisses wirksam. Es wird damit meist der Schutz der Geschäftslage der Räumlichkeiten des Vermieters bezweckt, die an Wert verlören, wenn der ehemalige Mieter in der gleichen Gegend ein Konkurrenzgeschäft eröffnen würde[21]. Da der Vermieter hier meist keine Gegenleistung bezahlt, ist dieses Verbot nur in beschränktem Umfang wirksam.

Die gleichen Fälle lassen sich auch bei der *Pacht* unterscheiden. Auch hier ergibt sich die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung noch nicht aus dem Pachtvertrag, sondern muss ausdrücklich vereinbart werden. Ein Konkurrenzverbot schliesst die vertragsgemässe Bewirtschaftung (Art. 277 OR) nicht aus, sondern vermindert lediglich den Gewinn des Pächters[22].

C. Konkurrenzverbot im Gesellschaftsvertrag

Die Gesellschaft ist die Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Diese Interessengemeinschaft umfasst auch eine gegenseitige Treuepflicht der Gesellschafter, deren Ausfluss unter anderem das gesetzliche Konkurrenzverbot der Artikel 536 und 561 OR ist[23]. Dieses gilt nur für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses. Nach seinem Austritt wird der Gesellschafter frei und kann die Gesellschaft beliebig konkurrenzieren (Schranken im UWG)[24]. Wenn die

[19] Hemmeler, S. 68; Kuttler, S. 43.
[20] Hemmeler, S. 69; Herold, S. 129.
[21] Kuttler, S. 45.
[22] Anders Hemmeler (69) und Herold (129), welche meinen, das Konkurrenzverbot liege stillschweigend im Pachtvertrag. Das ist m.E. falsch, denn ein Konkurrenzunternehmen schliesst nicht die Nutzung an sich aus, sondern vermindert höchstens den Gewinn des Pächters. Für diesen steht der Verpächter nicht ein. So auch Kuttler, S. 45, Anm. 46.
[23] Hemmeler, S. 70; Herold, S. 125 f.
[24] Hemmeler, a.a.O.; Herold, S. 126.

Gesellschaft die Konkurrenztätigkeit des Gesellschafters nach seinem Austritt unterbinden will, muss sie mit ihm ein Konkurrenzverbot vereinbaren. Es kann schon im Gesellschaftsvertrag[25] oder nach dem Austritt in einem besonderen Vertrag[26] verabredet werden. Das Konkurrenzverbot im Gesellschaftsverhältnis steht demjenigen im Arbeitsvertrag insofern nahe, als es oft ohne Gegenleistung vereinbart wird, also einseitig ist. Trotzdem hat der Gesetzgeber auf Schutzvorschriften verzichtet, weil das den Arbeitsvertrag charakterisierende Abhängigkeitsverhältnis hier fehlt[27].

Zweck des Konkurrenzverbotes ist der Schutz der Gesellschaft gegen Konkurrenzierung durch den austretenden Gesellschafter[28]. Weil das Verbot auf Seiten des Berechtigten an die Gesellschaft gebunden ist, geht es mit ihr über und wird auch von einem Personenwechsel innerhalb der Gesellschaft nicht betroffen. Auf Seiten des Verpflichteten ist es persönlich und unübertragbar.

Übertritt der ausscheidende Gesellschafter das Verbot, haftet er der Gesellschaft aus Nichterfüllung des Vertrages nach Artikel 97 ff. OR.

Hat ein Gesellschafter mit der Gesellschaft zugleich einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, ist oft fraglich, ob das Konkurrenzverbot im Zusammenhang mit dem Gesellschafts- oder Arbeitsverhältnis abgeschlossen wurde. Von dieser Frage hängt die Anwendbarkeit der Artikel 340 ff. OR ab. Weil Zweck dieser Vorschriften der Schutz der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei ist, wird man diese Frage je nach der Stellung des Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft beantworten müssen. Steht er, gleich dem Arbeitnehmer, in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Gesellschaft, ist das Konkurrenzverbot nach den Artikeln 340 ff. OR zu beurteilen[29].

D. Rechtliche Beurteilung der Konkurrenzverbote in andern als Arbeitsverträgen

Weil in den genannten Verträgen das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien fehlt, das die Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts rechtfertigt, finden die Artikel 340 ff. OR auf diese Konkurrenzverbote keine Anwendung. Schranken ergeben sich nur aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Artikel 27 und 28 ZGB und 19 und 20 OR[30].

[25] Beispiel in BGE *39* II 541.
[26] Beispiel in BGE *56* II 50.
[27] Hemmeler, Herold, a.a.O.
[28] Kuttler, S. 39 f.
[29] Oser/Schönenberger, N. 6 zu Art. 356 OR; Kuttler, S. 40; über Konkurrenzverbote in Lizenzverträgen vgl. Kuttler, S. 46 f., in Kartellverträgen Hemmeler, S. 73 ff. und das Kartellgesetz.
[30] BGE *51* II 300, 440, *53* II 329, *56* II 53, *95* II 536; Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 356 OR.

Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Sprengt das Konkurrenzverbot diesen Rahmen, ist es nach Artikel 20 Absatz 1 OR nichtig.

Das Bundesgericht anerkennt in ständiger Rechtsprechung, dass ein Konkurrenzverbot gegen die erwähnten Schranken verstösst, wenn es die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten aufhebt oder in solchem Masse einschränkt, dass er davon nicht mehr gehörigen Gebrauch machen kann, so namentlich bei solcher Behinderung in der Ausübung des Berufs, dass dadurch die wirtschaftliche Existenz des Verpflichteten schwer gefährdet ist[31].

Diese Regel erlaubt auch weitgehende Konkurrenzverbote. So schützte das Bundesgericht in einem Kaufvertrag das Konkurrenzverbot, durch welches dem Verkäufer untersagt war, dem Käufer während dreissig Jahren im Gebiet der ganzen Schweiz irgendwelche Konkurrenz zu machen[32].

Zur Feststellung des Übermasses zieht das Bundesgericht die Kriterien des Artikels 340a Absatz 2 OR heran, die eine Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand vorsehen. Dies sind allgemeine Grundsätze zum Schutze der Persönlichkeit gegen allzu grosse Beschränkungen[33]. Nur wird hier nicht mit dem gleichen Massstab gemessen wie innerhalb des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes[34]. Eine Grenze für das Verbot ergibt sich auch hier aus dem Interesse des Berechtigten. Es gilt nur für eine Tätigkeit, die den Berechtigten konkurrenziert, also örtlich und sachlich in seinem Geschäftskreis liegt. In zeitlicher Hinsicht gilt das Verbot, solange er ein Interesse an dessen Aufrechterhaltung hat[35]. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung nach diesen Gesichtspunkten ist der Augenblick, in dem das Konkurrenzverbot wirksam wird[36].

Ein übermässiges Konkurrenzverbot in diesen Verträgen kann der Richter nicht durch eine sinngemässe Anwendung des Artikels 340a Absatz 2 OR einschränken. Dem steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen. Ein Verbot, das gegen Artikel 27 ZGB verstösst, ist nach Artikel 20 Absatz 1 OR nichtig. Artikel 340a OR ist eine Spezialnorm, welche den allgemeinen Regeln derogiert, jedoch nur im Arbeitsvertrag gilt[37].

[31] BGE *50* II 486, *51* II 223, 300, *53* II 329, *56* II 54, SJ 81, 1959, S. 392; etwas modifizierte Praxis in BGE *95* II 57.
[32] BGE *50* II 481.
[33] BGE *51* II 222.
[34] Kuttler, S. 49.
[35] Kuttler, a.a.O.
[36] BGE *79* II 419.
[37] Hemmeler, S. 72; Herold, S. 128; eine analoge Anwendung des Artikels 340a Abs. 2 OR hätte sicher grosse Vorteile, vgl. Kuttler, S. 140 f.; eine solche Rechtsprechung wäre indes nur durch eine Gesetzesänderung zu erreichen. Eine blosse Einschränkung ist immerhin über Art. 20 Abs. 2 OR (Teilnichtigkeit) denkbar, wobei die Frage, ob Art. 20 Abs. 2 OR auch bloss quantitative Reduktionen erlaubt, umstritten ist: z. B. Spiro, ZBJV 1952, S. 449 ff., BGE *80* II 333.

Einzig wenn das Konkurrenzverbot keine Angaben über seine Begrenzung enthält, kann ihm der Richter Grenzen geben. Dann handelt es sich nicht um Vertragsänderung, sondern um Vertragsauslegung[38]. Für diese Auslegung, die der Richter nach «billigem Ermessen» vornimmt, können die Regeln der Artikel 340ff. OR sinngemäss herangezogen werden[39].

Die Folgen der Verletzung solcher Konkurrenzverbote sind in den Vorschriften über die Nichterfüllung des Vertrags (Art. 97ff. OR) geregelt, ferner in den Bestimmungen über die Konventionalstrafe (Art. 160ff. OR), sofern eine solche verabredet wurde.

Das Konkurrenzverbot geht unter durch Ablauf der vereinbarten Zeit, Verzicht des Berechtigten oder Wegfall des Interesses des Berechtigten[40]. Wird das Konkurrenzverbot erst nach Auflösung des Vertrages wirksam, so fällt es ausserdem dahin, wenn das Vertragsverhältnis aus einem begründeten, vom Berechtigten zu verantwortenden Anlass aufgelöst wird (analog Art. 340c Abs. 2 OR); dies jedenfalls immer dann, wenn das Konkurrenzverbot ohne Gegenleistung stipuliert wurde. Es verstiesse gegen Treu und Glauben und wäre rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Berechtigte durch ein eigenes Verschulden die Vorteile des Konkurrenzverbotes sichern könnte[41].

[38] BGE *56* II 55.
[39] Kaeslin, SJZ 45, 1949, S. 273.
[40] Kuttler, S. 51.
[41] Vgl. BGE *64* II 289.

A. Regelung im alten Dienstvertrag und wichtigste Neuerungen des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971

Im alten Dienstvertrag war das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot in den Artikeln 356–360 geregelt. Schon im Jahre 1953 nahmen National- und Ständerat eine Motion Schmid an, die den Bundesrat einlud, eine Revision der Bestimmungen über das Konkurrenzverbot vorzubereiten[1]. Zahlreiche andere Vorstösse auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts liessen eine Gesamtrevision dieses Titels des OR als geboten erscheinen. 1957 wurde eine Expertenkommission zur Vorbereitung eines Vorentwurfs eingesetzt[2], deren Beratungen der Vorentwurf des BIGA von 1957 zugrunde lag[3]. Der Vorentwurf der Experten wurde Ende 1963 fertiggestellt[4]. Nach dem Vernehmlassungsverfahren beauftragte der Bundesrat Professor Walther Hug mit der Ausarbeitung des endgültigen Entwurfes[5]. Am 25. August 1967 richtete der Bundesrat Entwurf und Botschaft zum neuen Arbeitsvertragsgesetz an die Räte, welche ihn in den folgenden Jahren behandelten. Das Gesetz wurde im Jahre 1971 von beiden Kammern angenommen und auf den 1. Januar 1972 in Kraft gesetzt.

Ziel der Revision war es, «eine gesetzliche Regelung des Arbeitsvertrages zu schaffen, welche eine materielle Parität der beiden Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis gewährleistet, ihre Zusammenarbeit fördert und stützt und sie zur weitgehenden gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet»[6].

Die wichtigste Neuerung im Bereich des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots ist dessen zeitliche Beschränkung auf drei Jahre (Art. 340a Abs. 1 OR), die nur ausnahmsweise überschritten werden kann. Diese Frist stellt einen Kompromiss zwischen den Wünschen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar[7].

Neu wurde auch die Zuständigkeit des Richters zur Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbotes statuiert (Art. 340a Abs. 2 OR). Der Richter hat die Möglichkeit, den Vertrag abzuändern, und kann nicht nur den verbindlichen Umfang des Verbotes feststellen wie bis anhin (Art. 357 aOR). Bei einer Einschränkung, wie sie das neue Recht vorsieht, hat der Richter eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen. Es ist recht und billig

[1] Botschaft BR 1967, S. 17; Bericht EJPD 1964, S. 11.
[2] Bericht EJPD 1964, S. 14.
[3] Botschaft BR 1967, S. 18.
[4] Bericht EJPD 1964, S. 15.
[5] Botschaft BR 1967, S. 20.
[6] Hug, Revision, S. 225.
[7] Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 312 f.

dass das Konkurrenzverbot bei einer Gegenleistung des Arbeitgebers umfassender gestaltet werden darf, als wenn mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede Leistung des Arbeitgebers aufhört[8].

Unter der Herrschaft des alten Dienstvertragsrechts konnte nur der mündige Arbeitnehmer ein Konkurrenzverbot eingehen (Art. 356 Abs. 3 aOR). Im neuen Recht wird der Begriff «mündig» durch «handlungsfähig» ersetzt (Art. 340 Abs. 1 OR).

Die übrigen Bestimmungen wurden nur präzisiert, teils in Anlehnung an die bisherige Gerichtspraxis, doch ohne die Absicht eigentlicher Änderungen am bisherigen Rechtszustand.

Die von den Arbeitnehmern geforderte[9] obligatorische Gegenleistung des Arbeitgebers wurde nicht in das neue Recht aufgenommen. M. E. verzichtete der Gesetzgeber zu Recht darauf. Hat der Arbeitgeber ein grosses Interesse, dass ihm sein Arbeitnehmer keine Konkurrenz macht, muss er ein umfassendes Verbot zu verabreden suchen, was ihm nur mittels einer Gegenleistung gelingen wird (Art. 340a Abs. 2 OR). Ist sein Interesse weniger gross, so ist es auch der Umfang des Verbots, und der Arbeitnehmer wird weniger belastet; hier rechtfertigt sich eine Gegenleistung kaum. Auch wäre die Höhe einer Gegenleistung nur schwer zu regeln. Schriebe man die Weiterzahlung des vollen Lohnes für die Dauer des Konkurrenzverbotes vor, so würde dies bei eng begrenzten Verboten zu einer allzu schweren Belastung des Arbeitgebers führen. Die Regel des Artikels 340a Absatz 2 OR ermöglicht es dem Arbeitgeber, das Konkurrenzverbot je nach den besonderen Umständen des Einzelfalles mit oder ohne Gegenleistung auszugestalten, was m. E. eine sinnvolle Lösung ist[10]. Dies zeigt sich auch in der Praxis. In Betrieben, die ein grosses Interesse an Konkurrenzverboten haben, wie z. B. die chemische Industrie, sind Gegenleistungen auch ohne gesetzlichen Zwang bereits üblich[11].

B. Voraussetzungen für die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes

Nach Artikel 340 Absatz 2 OR ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, «wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte». Diese Voraussetzungen erklären sich aus der Regel, dass ein Konkurrenzverbot nur zulässig ist,

[8] Bericht EJPD 1964, S. 68 f.
[9] So von der Schweiz. Arbeitnehmergemeinschaft, vom Schweiz. Chemiker Verband und von der Fédération romande des employés: Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 309 f.
[10] A. M. Pidoux, S. 54 f.
[11] Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 309, N. 1168.

wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat[12]. Sie werden im folgenden einzeln behandelt.

Die Voraussetzungen müssen nicht schon beim Abschluss des Konkurrenzverbotes vorliegen, sondern erst, wenn es seine Wirkungen entfaltet, also bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Andernfalls würden die meisten Konkurrenzverbote illusorisch, da der Arbeitnehmer beim Abschluss des Arbeitsvertrages, in dem meist auch das Konkurrenzverbot enthalten ist, überhaupt keinen Einblick in das Geschäft hat, in das er eintreten wird[13].

1. Einblick in den Kundenkreis. Artikel 340 Absatz 2 OR

«Unter Kunde versteht der Geschäftsmann eine Person, die mit ihm zwecks Abnahme der von ihm produzierten oder vermittelten Waren in mehr oder minder dauernde Geschäftsverbindung tritt, sodass er sie als einigermassen beständigen Faktor seiner Umsatzberechnung betrachten darf»[14]. Kunden sind daher nicht schon die Interessenten, die für ein Geschäft in Frage kommen, sondern nur die bereits vorhandenen Abnehmer, die einen Teil des Geschäftswertes ausmachen und auch bei einem Verkauf des Geschäftes mitberücksichtigt werden[15].

Einige Autoren unterscheiden zwischen Geschäften mit öffentlicher und geheimer Kundschaft[16]. Bei diesen basiert die Beziehung zum Kunden auf gegenseitigem Vertrauen (z. B. beim Arzt oder Anwalt), jene haben Kontakt zu weiten Bevölkerungskreisen (z. B. eine Garage oder ein Zeitungsunternehmen). Ihre Kunden sind allgemein bekannt. Diese Unterscheidung ist jedoch ohne praktische Bedeutung, denn die heutige Lehre und Rechtsprechung sind einhellig der Meinung, dass der Kundenkreis des Artikels 340 Absatz 2 OR kein Geschäftsgeheimnis zu sein braucht, um schützenswert zu sein[17]. Nicht die Namen der Kunden, sondern die Beziehungen zu ihnen werden geschützt[18].

Der Einblick in die Kundenlisten genügt aber nach der Praxis nicht, obwohl natürlich auch daraus Nutzen gezogen werden könnte (Akquisition). Im Sinne einer zurückhaltenden Auslegung des Artikels 340 OR hat ein Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur dann Einblick in den Kundenkreis, wenn er eine persönliche Beziehung zur Kundschaft hat. Nur dann kann der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse am Schutze der Kundschaft haben. So hielt es das Bundesgericht für massgebend, dass der Depothalter einer Bierfirma nicht

[12] Kuttler, S. 11; Pidoux, S. 21.
[13] Vgl. BGE *72* II 419, *91* II 379 E. 5; ZBJV 83, 1947, S. 524; Pidoux, S. 22.
[14] ZR 28, 1929, S. 193, Nr. 102.
[15] BGE *41* II 115, *44* II 92, *55* II 260 E. 1; Oser/Schönenberger, N. 13 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 23.
[16] Vgl. Pidoux, S. 23 ff.
[17] BGE *55* II 258, *56* II 50; Oser/Schönenberger, a. a. O.; SJZ 37, 1941, S. 287, Nr. 56; ZR 27, 1928, S. 133, Nr. 74; Kuttler, S. 11; Pidoux, S. 25; a. M. Hemmeler, S. 23; SJZ 9, 1913, S. 342, Nr. 80.
[18] BGE *41* II 105 E. 5; Oser/Schönenberger, a. a. O.

nur die Abnehmer mit Namen gekannt, sondern mit ihnen auch persönlichen Kontakt gehabt habe, sich über ihre Wünsche und Bedürfnisse habe orientieren können. Erst diese persönlichen Beziehungen hätten es ihm ermöglicht, nach seinem Austritt dem Arbeitgeber Kunden in grösserem Umfang abspenstig zu machen[19]. Diese Kenntnis der persönlichen Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden bildet eine Voraussetzung für den guten Geschäftsgang des Unternehmens und ist daher schutzwürdig. Fehlt sie, so fehlt auch das Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot[20].

Der persönliche Kontakt kann erst entstehen, wenn eine Person relativ häufige Geschäftsbeziehungen zum Unternehmen hat[21]. Daher ist nur Kunde im Sinne des Artikels 340 Absatz 2 OR, wer ständiger Abnehmer ist, «d. h. zu den Personen gehört, die von Zeit zu Zeit etwas zu bestellen pflegen. Eingeführte Firmen, die zum Verbrauch bestimmte Güter herstellen, verfügen regelmässig über solche Abnehmer»[22]. Dagegen haben z. B. eine Staubsaugerfirma[23] oder eine Nähmaschinenfabrik[24] keine Kunden im Rechtssinn, denn wer einen Staubsauger oder eine Nähmaschine gekauft hat, kommt für viele Jahre nicht mehr als Abnehmer in Betracht. Detaillisten, die von Zeit zu Zeit solche Maschinen und Geräte beziehen, sind jedoch als Kunden zu betrachten. Denn hier ist das Moment der Dauer, das beim gewöhnlichen Abnehmer fehlt, gegeben.

Im Gegensatz zu den zwei genannten Fällen hat das Bundesgericht erkannt, dass ein Zentralheizungsgeschäft eine Kundschaft i. S. des Artikels 340 OR habe. Mit Recht, denn die Beziehung dieses Geschäftes zu den Abnehmern ist mit dem Einbau der Heizung nicht abgeschlossen; es gibt immer wieder Reparatur- und Unterhaltsarbeiten, vielleicht später auch eine Erneuerung, die mit Vorzug dem Geschäft, das die Heizung eingebaut hat, anvertraut werden. Deshalb ist hier eine dauernde Beziehung zu den Abnehmern wenigstens möglich[25].

Problematisch ist dagegen ein Entscheid des Basler Appellationsgerichts, wonach ein Waschmaschinengeschäft einen Kundenkreis im Sinne des Artikels 340 Absatz 2 OR haben soll[26]. Der Entscheid liesse sich vielleicht halten, denn auch eine Waschmaschine erfordert gelegentlich Service-, Reparatur- oder Revisionsarbeiten, die vielfach dem Geschäft, bei dem die Maschine gekauft wurde, anver-

[19] BGE *41* II 105, vgl. auch *55* II 258, *61* II 93, *78* II 41, *81* II 154, *91* II 379; Oser/Schönenberger, a. a. O.; Kuttler, S. 11; Pidoux, S. 24.

[20] BGE 55 II 258.

[21] Pidoux, S. 27.

[22] BGE *91* II 378 E. 5; so auch ZR 28, 1929, S. 193, Nr. 102.

[23] ZR 28, 1929, S. 193, Nr. 102.

[24] SJZ 9, 1913, S. 342, Nr. 80.

[25] BGE *81* II 153; der Entscheid wird kritisiert von Pidoux, S. 27 f. Daneben war im Entscheid auch die Feststellung wichtig, dass vielfach Architekt oder Bauunternehmer das Heizungsgeschäft auswählen und damit zu dessen Kunden zählen. Vgl. Gesetz und Recht, 8, 1956, S. 5 f.

[26] Entscheid des Basler Appellationsgerichts vom 29. 8. 1961, in Gesetz und Recht 14, 1962, S. 19 ff., insbesondere E. 1.

traut werden. Das Gericht gelangte jedoch aus anderm Grund zu seinem Urteil: «Wohl handelt es sich bei Käufern einer Waschmaschine nicht ohne weiteres um Kunden, die in mehr oder weniger regelmässigen Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen (OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. OR N. 13 zu Art. 356), da mit dem Abschluss des Kaufes diese Beziehung ihr Ende findet. Aber es ist doch möglich, dass auch ein Kundenverhältnis in dieser Branche sich über Monate hinziehen kann. Viele Kunden entschliessen sich nicht auf den ersten Anhieb zum Kauf und müssen wiederholt bearbeitet werden.» Diese Begründung erscheint als unrichtig, weil nur Kunde im Sinne von Artikel 340 Absatz 2 OR ist, wer ständiger *Abnehmer* ist, d. h. von Zeit zu Zeit etwas zu bestellen pflegt[27]. Kunden sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts «nicht schon allfällige Interessenten und Reflektanten, d. h. Personen, die als Abnehmer für das betreffende Geschäft in Frage kommen können, sondern nur die bereits vorhandenen Abnehmer, die mit einen Teil des Geschäftswertes ausmachen»[28]. Personen, die noch nicht zum Kaufsabschluss gewonnen sind, betrachtet das Basler Appellationsgericht zu Unrecht als Kunden, denn sie waren bis anhin keine Abnehmer und werden es vielleicht auch nie sein[29].

Ob der Kundenkreis des Geschäftes beim Eintritt des Arbeitnehmers schon vorhanden war, oder ob ihn der Arbeitnehmer während der Dauer seiner Anstellung gewonnen hat, spielt an sich keine Rolle; es sind immer die Verhältnisse zu berücksichtigen, wie sie zur Zeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen[30].

2. Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, Artikel 340 Absatz 2 OR

Der Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses umfasst subjektive und objektive Elemente[31]:

a) *Subjektiv* muss der Arbeitgeber den Willen haben, eine Tatsache geheimzuhalten. Dieser Wille muss nicht ausdrücklich erklärt worden sein, er kann sich auch aus den Umständen ergeben, muss aber dem Arbeitnehmer erkennbar sein[32].

b) *Objektiv* muss der Arbeitgeber Inhaber des Geheimnisses sein. Das trifft auf alles zu, was in seinem Betrieb entwickelt wurde[33].

[27] BGE *91* II 378 E. 5.
[28] BGE *55* II 260; vgl. auch *91* II 378 E. 5.
[29] BGE *91* II 378 E. 5.
[30] BGE *72* II 420, *91* II 379; davon ist streng zu trennen die Frage, ob die Beziehungen zur Kundschaft auf den persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruhen. Diese verschiedenen Fragen bringt PIDOUX (S. 28 f.) bei der Kritik von BGE *91* II 372 durcheinander.
[31] BGE *80* IV 29; die Einteilung des Geheimnisbegriffes wurde von VON BÜREN, N. 2–6 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG übernommen.
[32] HEROLD, S. 26; PIDOUX, S. 22; HAFTER, S. 391 f.; BGE *64* II 172, *88* II 322.
[33] VON BÜREN, N. 3 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG.

Ausserdem muss der Unternehmer ein objektiv gerechtfertigtes Interesse an der Geheimhaltung haben[34]. Es ist vorhanden, wenn das Geheimnis für den Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Wert darstellt, wenn er bei der Preisgabe des Geheimnisses einen wirtschaftlichen Schaden erlitte[35].

Endlich muss es sich um ein wirkliches Geheimnis handeln[36]. Geheimnis ist, was nur einer beschränkten Personenzahl, die dem gleichen Interessenkreis angehören, bekannt ist[37]. Ist die Tatsache oder der Vorgang einer nicht begrenzten Zahl von Personen zugänglich, ist die «Geheimsphäre zugunsten der Öffentlichkeit aufgehoben, und eine Verletzung fällt als unmöglich ausser Betracht»[38]. Zum Begriff des Geheimnisses gehört auch, dass es nur mit Mühe herauszufinden ist[39]. Kein Geheimnis ist, was Aussenstehende leicht herausfinden können.

Tatsachen und Vorgänge, die in die berufliche Erfahrung des Arbeitnehmers eingehen und von da an zu seiner Persönlichkeit gehören, können ebenfalls nicht als Geheimnisse gelten. Das bedeutet zwar eine Einschränkung des Geheimnisbegriffs zugunsten des Arbeitnehmers, die jedoch vom Gesetzgeber gewollt ist[40]. Die Erfahrungen, die der Arbeitnehmer in seiner Stellung sammelt, soll er nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zu einem gewissen Grade verwerten können, auch wenn er dadurch den Prinzipal schädigt. Es handelt sich hier wieder um eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an einem umfassenden Geheimnisschutz und dem Interesse des Arbeitnehmers, seine Erfahrungen auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses verwerten zu können. Was im einzelnen in die berufliche Erfahrung des Arbeitnehmers eingeht und was Geheimnis im Sinne des Artikels 340 OR bleibt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Man wird wahrscheinlich davon ausgehen müssen, dass sog. «Branchenkenntnisse», d. h. Erfahrungen, die nicht nur in dem bestimmten Unternehmen des Arbeitgebers, sondern auch in andern Unternehmen der gleichen Branche verwendet werden, zur Berufserfahrung des Arbeitnehmers gehören und nicht den Geheimnisschutz geniessen, dass anderseits spezielle Organisationsformen und Herstellungsverfahren nicht in die Berufserfahrung des Arbeitnehmers eingehen können.

Fabrikationsgeheimnisse sind die Verfahren zur Herstellung bestimmter Produkte[41], Geschäftsgeheimnisse sind die Tatsachen, die die kaufmännische Organisation und den kaufmännischen Verkehr des Unternehmens betreffen[42].

Im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot ist der Begriff des Fabrika-

[34] Von Büren, N. 4 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG; Oser/Schönenberger, N. 12 zu Art. 356 OR; Becker, N. 3 zu Art. 356 OR; Herold, S. 26
[35] Von Büren, a. a. O.; Pidoux, S. 22.
[36] Von Büren, N. 5 zu Art. 1 Abs. 2 lit. f und g UWG.
[37] Pidoux, S. 22; Herold, S. 28 f.
[38] BGE *64* II 170 E. 7; vgl. auch Herold, a. a. O.
[39] BGE *80* IV 28.
[40] BGE *92* II 26.
[41] Oser/Schönenberger, N. 12 zu Art. 356 OR; Herold, S. 32.
[42] Herold, S. 33.

tions- und Geschäftsgeheimnisses extensiv auszulegen[43], nämlich so weit zu fassen, als der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse hat, dass die genannten Tatsachen nicht bekanntgemacht werden[44] (ein Vorbehalt ist immerhin betreffend die Tatsachen zu machen, die in die berufliche Erfahrung des Arbeitnehmers eingehen, vgl. den vorgehenden Abschnitt). So hat das Bundesgericht entschieden, dass auch ein Produkt, dessen Zutaten bekannt sind, «geheim» ist, wenn die Zusammensetzung nicht offenkundig oder allgemein zugänglich ist[45].

Auch wenn der Arbeitnehmer das Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis selber entwickelt hat, ist es Geheimnis und deshalb von ihm zu bewahren, denn Erfindungen, die der Arbeitnehmer in Ausübung seiner vertraglichen Pflicht macht, gehören nicht ihm selbst, sondern dem Arbeitgeber (Art. 332 OR).

Das Konkurrenzverbot ist also nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses Geheimnisse der eben erwähnten Art kennen lernt, es sei denn, er habe Einblick in den Kundenkreis.

3. Möglichkeit der erheblichen Schädigung des Arbeitgebers. Artikel 340 Absatz 2 OR

Der Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse genügt aber nach Artikel 340 Absatz 2 OR noch nicht, um ein Konkurrenzverbot zu rechtfertigen. Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer seinen Patron durch die Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen kann.

Diese Regel ist zum Schutze des Arbeitnehmers geschaffen. Die «erhebliche Schädigung» entspricht dem «erheblichen Interesse» des Arbeitgebers in Artikel 340c Absatz 1 OR, denn es wäre unverständlich, wenn der Weiterbestand des Konkurrenzverbots an strengere Voraussetzungen gebunden wäre als die Entstehung[46]. Ist die Schädigungsmöglichkeit nur unbedeutend, fehlt das berechtigte Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot[47].

Einblick und Möglichkeit der Schädigung stehen zueinander in einem gewissen Zusammenhang. Ist das eine vorhanden, so ist es meist auch das andere[48]. Der

[43] Oser/Schönenberger, N. 12 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 23.

[44] Oser/Schönenberger, a.a.O.; Hemmeler, S. 23; Beispiele für Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse:
- Herstellung von Farbphotographien, BGE *23* I 206,
- Kundenlisten, BGE *25* II 528,
- Zusammensetzung einer Käsesorte, BGE *44* II 89,
- technische Zahlenwerte, BGE *64* II 170,
- Konstruktion einer Maschine, BGE *77* II 263,
- Inhalt der Geschäftsbücher (Ein- und Verkaufspreise, Bezugsquellen, Inventare, Rechnungsabschlüsse, Verträge, Korrespondenz), Oser/Schönenberger, a.a.O.

[45] BGE *44* II 89 E. 2; es handelte sich um die Käsesorte «Sarrasin»

[46] Schwartz, S. 38.

[47] Kuttler, S. 12.

[48] Herold, S. 110; Hemmeler, S. 24.

Meinung HEMMELERS ist aber nicht zu folgen, wenn er annimmt, es genüge jede Möglichkeit der Schädigung, und deren Grösse sei erst beim Umfang des Schadenersatzes zu berücksichtigen[49]. Auch die Auffassung von SCHWARTZ, dass eine erhebliche Schädigung dann möglich sei, wenn der Schaden noch im Bereich des objektiv Feststellbaren liege, ist abzulehnen[50].

Richtig ist, dass sich in der Praxis kein Entscheid findet, der ein Konkurrenzverbot wegen Fehlens dieser Schädigungsmöglichkeit nicht zugelassen hätte[51]. Es trifft auch zu, dass das Bundesgericht an diese Voraussetzung nicht allzu strenge Voraussetzungen stellt[52]. Das Zürcher Handelsgericht sagt mit Recht, dass auch ein kleines Unternehmen einem Wirtschaftsriesen erheblichen Schaden zufügen könne[53]. Ob der Schaden dann im konkreten Fall auch eintritt, spielt, wie das Gericht entschied, für das Kriterium der «Möglichkeit der Schädigung» keine Rolle[54]. Dann ist es auch äusserst schwierig, zum voraus abzuschätzen, wie gross ein allfälliger Schaden sein könnte.

M. E. geht es nicht an, in einem Gesetzesabschnitt, der so auf das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers hin ausgerichtet ist wie das Arbeitsvertragsrecht, eine Bestimmung, die gerade zum Schutze dieser Partei geschaffen wurde, als nutzlos auszuschalten. Der Einblick muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, seinen Arbeitgeber erheblich, d. h. bedeutend oder in nicht leicht wieder gut zu machender Weise zu schädigen[55]. Sache des Richters ist es, festzustellen, wann diese Möglichkeit gegeben ist. Sie wird heute allerdings meistens vorliegen, denn je weiter entwickelt und je «technisierter» die Industrie ist, desto verletzlicher ist sie auch. Der vernünftige Arbeitgeber wird ausserdem gar kein Konkurrenzverbot verabreden, wenn keine wirkliche Gefahr besteht.

Beizufügen ist, dass auch diese Voraussetzung (Möglichkeit erheblicher Schädigung) im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegen muss[56].

[49] HEMMELER, S. 24.

[50] SCHWARTZ, S. 37; auch die Ansicht von PIDOUX (S. 35), der findet, die Voraussetzung der «Möglichkeit einer erheblichen Schädigung» sei nutzlos, ist falsch.

[51] PIDOUX, S. 34.

[52] Vgl. den Entscheid in ARV 1960, S. 39.

[53] ZR 46, 1947, S. 297, Nr. 154.

[54] A. M. offenbar PIDOUX, S. 35.

[55] PFLÜGER, S. 28 und Hinweise; KUTTLER, S. 12.

[56] BGE *72* II 419, *91* II 379; KUTTLER, S. 13. Dies ist vor allem wichtig, weil bis zum Prozess meist eine längere Zeitspanne vergeht (ein bis zwei Jahre) und bis dahin die Möglichkeit der Schädigung weggefallen sein kann, sei es dass der Arbeitnehmer das Geheimnis schon verraten hat, sei es dass es sonstwie bekannt geworden ist. Aus diesem Grund ist auch die Auffassung von NIELSEN (S. 26) abzulehnen, der meint, auch ein «ruhendes Interesse» des Arbeitgebers genüge als Voraussetzung des Konkurrenzverbotes (z. B. wenn er sein Unternehmen auf einen anderen Geschäftszweig ausdehnen will und das Verbot schon vorher auf diesen Zweig erweitert). Ist dieser Zweig bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses erst projektiert, so hat der Arbeitnehmer keine Möglichkeit des Einblicks, und es fehlt eine Voraussetzung des Art. 340 Abs. 2 OR.

4. Kausalzusammenhang zwischen Einblick in Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse und Möglichkeit erheblicher Schädigung

Der Arbeitnehmer muss durch die Verwendung seines Einblicks den Arbeitgeber erheblich schädigen können (Art. 340 Abs. 2 OR); mit anderen Worten, es muss ein Kausalzusammenhang zwischen diesen Kenntnissen und der Möglichkeit der Schadenszufügung bestehen[57]. Die Schädigung muss wenigstens im wesentlichen Folge des Einblicks sein[58]. Eine Konkurrenzklausel schliesst nie das Verbot in sich, dass sich jemand nach seinem Austritt aus einem Betrieb seine Kundschaft erwirbt, indem er sich nicht den gewonnenen Einblick zunutze macht, sondern seine persönlichen Fähigkeiten einsetzt[59]. Diese *persönlichen Fähigkeiten* darf der Arbeitnehmer immer verwenden[60]. So führte das Bundesgericht aus: «Die Verwendung des Einblickes in die Kundenliste eines Geschäftes kann nun aber immer dann vom Angestellten nicht ausgebeutet werden, wenn das Verhältnis zwischen Kundschaft und Geschäftsherrn im wesentlichen auf einem persönlichen Bande beruht, wenn es sich stützt auf die persönliche Leistungsfähigkeit des Geschäftsherrn. In diesem Fall wird dem Dienstnehmer sein Einblick in den Kundenkreis nichts nützen, denn dieser Kenntnis an sich wird er noch nicht die Mittel entnehmen können, um die Verbindung zwischen Prinzipal und Kundschaft aufzulösen oder zu lockern. Der berühmte Arzt kann daher seinem Assistenten, der bekannte Rechtsanwalt seinem Substituten kein Konkurrenzverbot auferlegen»[61].

Da es in jedem Beruf mehr oder weniger auf die persönlichen Fähigkeiten ankommt (man wird z. B. auch keinen Schrank bei einem Schreiner bestellen, der unzuverlässig arbeitet), hat das Bundesgericht in dem Sinn differenziert, dass die persönlichen Fähigkeiten in der Beziehung zur Kundschaft *ausschlaggebend* sein müssen[62]. Sind noch erhebliche andere Faktoren massgebend, ist das Konkurrenzverbot zulässig[63].

Aus diesen Gründen erachtete das Bundesgericht das Konkurrenzverbot für einen Turn- und Tanzlehrer als unzulässig, weil der Kunde hier in erster Linie auf die persönlichen Fähigkeiten und Leistungen abstelle. Deshalb könne er dem Arbeitgeber nicht schon durch Einblick in seinen Kundenkreis Schaden zufügen, sondern allenfalls vermöge seiner eigenen Leistungsfähigkeit[64]. Aus denselben

[57] Oser/Schönenberger, N. 14 zu Art. 356 OR; Pflüger, S. 29.
[58] Oser/Schönenberger, a. a. O.
[59] Oser/Schönenberger, a. a. O.; Schweingruber, N. 1 e zu Art. 356 OR
[60] Kuttler, S. 12.
[61] BGE *44* II 59; vgl. auch *56* II 442.
[62] BGE *78* II 40; so auch das Zürcher Handelsgericht, Entscheid vom 26. 6. 1946, in ZR 45, 1946, S. 378.
[63] BGE *61* II 93.
[64] BGE *44* II 60.

Gründen hat das Gericht Konkurrenzverbote, die einem Zahnarztassistenten[65], einem Arzt[66] und einem Anwalt[67] auferlegt wurden, als unzulässig erklärt. Gleiches gilt für den Beruf des Damencoiffeurs[68].

Zulässig erklärt wurde das Konkurrenzverbot gegenüber einem Reitlehrer, weil es hier in erheblichem Masse auf die Anforderungen der Kunden an das Pferdematerial und an die Gestaltung des Unterrichts ankomme[69]. Nicht anders verhält es sich beim Vertreter einer Mühle, weil es jedem tüchtigen Vertreter möglich ist, Mühlekunden zu gewinnen[70]. Ferner kann einem Buchhaltungsexperten ein Konkurrenzverbot auferlegt werden. Die Kunden legen ebensosehr Gewicht darauf, dass der Buchhalter ihre persönlichen Wünsche und Bedürfnisse kenne, wie auf seine persönlichen Fähigkeiten[71]. Im gleichen Sinn entschied das Zürcher Handelsgericht im Fall eines Revisors, weil die Überprüfung der Buchhaltung mehr eine handwerkliche Tätigkeit sei, die von jedermann, der über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, besorgt werden kann. Die persönlichen Fähigkeiten spielen hier nicht die gleiche ausschlaggebende Rolle wie bei den freien Berufen. Auch ist es eine Erfahrungstatsache, dass die Kunden den Revisor nur ungern wechseln[72].

Die Abgrenzung in diesen Fällen ist nicht immer leicht. Ob die Beziehungen zur Kundschaft in massgeblicher Weise von den persönlichen Fähigkeiten abhängen oder ob sie auf anderen Faktoren beruhen, lässt sich nicht generell für die eine oder andere Berufsart bejahen oder verneinen. Vielmehr muss der Richter jeden einzelnen Fall prüfen, die Tätigkeit des Arbeitnehmers und des Unternehmers untersuchen und auf Grund der gewonnenen Erkenntnisse seinen Entscheid treffen[73]. Die Rechtsprechung hat bis anhin den richtigen Weg gefunden, und man kann kaum sagen, dass sie dabei den Arbeitgeber bevorzugt habe[74].

5. Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Artikel 340 Absatz 1 OR

Ein Konkurrenzverbot ist nach Artikel 340 Absatz 1 OR ungültig, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Abschlusses des Konkurrenzverbots handlungsunfähig ist. Der Schutz des Artikels 356 Absatz 2 aOR, der nur die Mündigkeit verlangte, ist damit zu Recht verstärkt worden. Denn auch der mündige Urteilsunfähige kann die Konsequenzen eines Konkurrenzverbotes nicht richtig einschätzen.

[65] BGE *56* II 442.
[66]/[67] BGE *44* II 59.
[68] SJZ 34, 1935/36, S. 32.
[69] BGE *61* II 93.
[70] Entscheid des Basler Appellationsgerichts vom 2.2.1940, in SJZ 37, 1940/41, S. 287, Nr. 56.
[71] BGE *78* II 40 = Rep. 85, 1952, S. 27 ff.; kritisiert von Pidoux, S. 32.
[72] Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 26.6.1946, in ZR 45, 1946 S. 378.
[73] So auch das Bundesgericht: BGE *78* II 40.
[74] Wie Pidoux, S. 33, annimmt.

Die Handlungsfähigkeit fehlt bei Personen, die urteilsunfähig, unmündig oder entmündigt sind (Art. 17 ZGB; vgl. auch die Art. 13–16 ZGB).

Die Bestimmung des Artikels 340 Absatz 1 OR dient vor allem dem Schutz der minderjährigen Arbeitnehmer. Sie können meist die Folgen eines Konkurrenzverbots nicht richtig einschätzen. Daneben wollte der Gesetzgeber verhindern, dass junge Leute, die noch in der Ausbildung stehen, schon durch ein Konkurrenzverbot gebunden werden und damit ihre Kenntnisse und Fähigkeiten nicht mehr in vollem Umfange benützen können[75].

Können Personen, die nicht handlungsfähig sind, unter Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters ein Konkurrenzverbot eingehen (Art. 19 Abs. 1 ZGB)? Man ist sich einig, dass diese Vertretung beim Konkurrenzverbot ausgeschlossen ist[76]. Sonst würde der Zweck der Bestimmung, der dem Minderjährigen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit voll erhalten will, illusorisch. Hingegen kann der Minderjährige, der nach Artikel 15 ZGB mündig erklärt wurde, ein Konkurrenzverbot eingehen, denn er ist voll handlungsfähig.

Da der Handlungsunfähige eine Konkurrenzklausel gar nicht vereinbaren kann, kann er diese auch nicht nach Eintritt der Handlungsfähigkeit stillschweigend genehmigen. Weil schriftliche Form verlangt ist, gilt als Zeitpunkt des Abschlusses die Unterzeichnung. In diesem Zeitpunkt muss der Arbeitnehmer handlungsfähig sein, und der Vertrag über die Konkurrenzenthaltung kann erst nach Eintritt der Handlungsfähigkeit abgeschlossen werden[77].

Es bleibt noch beizufügen, dass innerhalb eines *Lehrvertrages* jegliches Konkurrenzverbot nichtig ist, selbst wenn der Lehrling handlungsfähig sein sollte (Art. 344a Abs. 4 OR)[78].

Das Konkurrenzverbot kann schon vor Beginn des Arbeitsverhältnisses, also auch vor der Probezeit, vereinbart werden[79]. Es liegt auch während der Probezeit ein eigentliches Arbeitsverhältnis vor, das lediglich in der Art der Auflösung Besonderheiten aufweist[80]. Anderseits stellt die Probezeit einen Versuch dar, den jede Partei kurzfristig und ohne Rechtsnachteile sollte beenden können. Der Arbeitgeber kann ein schutzwürdiges Interesse an einem Konkurrenzverbot haben, wenn die Probezeit relativ lange dauert und der Arbeitnehmer tatsächlich einen

[75] Pflüger, S. 30; Hemmeler, S. 25; Kuttler, S. 13; Pidoux, S. 36.

[76] Oser/Schönenberger, N. 15 zu Art. 356 OR; Becker, N. 6 zu Art. 356 OR; Hemmeler, S. 25; Pflüger, S. 30; Pidoux, S. 36; Herold, S. 110 f.

[77] Entscheid des Berner Appellationshofs vom 29. 6. 1938, in SJZ 35, 1938/39, S. 268, Nr. 41, und ZBJV 76, 1940, S. 32; Oser/Schönenberger, a. a. O.; Becker, a. a. O.; Pflüger, S. 29; Hemmeler, S. 26; Pidoux, S. 36.

[78] Guhl/Merz/Kummer, S. 414.

[79] Obwohl die Vereinigung schweiz. Angestelltenverbände und der Schweiz. kaufmännische Verein im Vernehmlassungsverfahren ein Verbot der Konkurrenzklausel während der Probezeit angeregt haben, wurde eine solche Bestimmung nicht aufgenommen. Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 310f.

[80] Oser/Schönenberger, N. 2 zu Art. 350 OR; Becker, N. 1 zu Art. 350 OR

Einblick erhielt. Wenn aber das Arbeitsverhältnis schon während oder unmittelbar nach der Probezeit aufgelöst wird, fehlt es vielfach an den gesetzlichen Voraussetzungen für ein Konkurrenzverbot. Das Konkurrenzverbot ist ja nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer Einblick in Kundenkreis oder Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hat und die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers besteht. Vielfach werden schon diese Voraussetzungen bei einer probeweisen Anstellung fehlen, so dass ein Konkurrenzverbot gar nicht zulässig ist. Sonst aber muss der Richter dem Umstand, dass das Arbeitsverhältnis schon während der Probezeit aufgelöst wurde, durch Einschränkung des Verbots (Art. 340 a Abs. 2 OR) und allenfalls durch Herabsetzung einer Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 3 OR) Rechnung tragen[81]. Volle Wirksamkeit wird das Konkurrenzverbot in diesen Fällen nur ganz ausnahmsweise entfalten.

6. Schriftliche Form. Artikel 340 Absatz 1 OR

Ein Vertrag bedarf nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Für den Arbeitsvertrag besteht keine Formvorschrift (Art. 320 Abs. 1 OR). Hingegen ist das Konkurrenzverbot nur gültig, wenn es schriftlich vereinbart wird (Art. 340 Abs. 1 OR).

Die schriftliche Form des Konkurrenzverbotes soll den Arbeitnehmer vor Unachtsamkeit und Sorglosigkeit schützen[82], denn das Konkurrenzverbot stellt eine schwere Belastung für ihn dar[83].

Weil durch das Konkurrenzverbot nur der Arbeitnehmer verpflichtet wird, genügt seine Unterschrift (Art. 13 Abs. 1 OR).

Eine Gefahr besteht allerdings trotzdem bei den vorgedruckten Formularen, die für den Abschluss der Arbeitsverträge gewöhnlich verwendet werden und in denen das Konkurrenzverbot enthalten ist. Der Arbeitnehmer setzt seine Unterschrift unter den Vertrag, ohne sich vielleicht Rechenschaft über die Tragweite der einzelnen Bestimmungen zu geben oder sie überhaupt zu lesen. Deshalb verlangten die Angestelltenorganisationen im Vernehmlassungsverfahren für das Konkurrenzverbot die öffentliche Beurkundung[84]. Eine solche Bestimmung wurde in der Folge nicht aufgenommen, weil sie den Abschluss der Arbeitsverträge wesentlich erschwert hätte. Diese Probleme der sog. Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Formularverträge) und der ungelesen unterzeichneten Urkunde kön-

[81] Entscheid des Basler Appellationsgerichts vom 29.8.1961, in Gesetz und Recht 14, 1962, S. 20, E. 2; vor allem die Industrie hat sich für die Zulässigkeit des Konkurrenzverbots während der Probezeit ausgesprochen, weil eine andere Lösung die Werkspionage fördern würde: die Erfahrungen der Probezeit würden an die Konkurrenz weiterverkauft. Protokoll der Expertenkommission, 6. Sitzung, 1959, S. 89–93.

[82] Huber Eugen, Formen im schweizerischen Privatrecht, Abhandlungen zum schweiz. Recht Bd. 58, S. 85.

[83] Kuttler, S. 10; Hemmeler, S. 21; Pflüger, S. 20; Pidoux, S. 38.

[84] BBl 1967 II, S. 409.

nen im Rahmen dieser Arbeit nicht abgehandelt werden[85], zumal sich für unser Thema kaum Besonderheiten ergeben.

7. Fehlen eines Gültigkeitserfordernisses

Fehlt eine der dargestellten gesetzlichen Voraussetzungen des Artikels 340 OR (liegt also nicht nur ein Fall der Reduktion nach Artikel 340a Absatz 2 OR vor), so ist das Konkurrenzverbot widerrechtlich (vgl. das Marginale: «Voraussetzungen»). Eine widerrechtliche Konkurrenzklausel ist nach Artikel 20 Absatz 1 OR nichtig[86].

Ob die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel die Nichtigkeit des ganzen Arbeitsvertrags nach sich ziehe, ist nach Artikel 20 Absatz 2 OR zu entscheiden. Der Arbeitsvertrag wäre danach nichtig, wenn ihn der Arbeitgeber (kaum je der Arbeitnehmer) ohne das Konkurrenzverbot nicht abgeschlossen hätte. Diese Frage wird sich allerdings in der Praxis kaum je stellen, da sich der Arbeitnehmer immer erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel berufen wird, denn vorher berührt ihn diese kaum. Im Zeitpunkt, wo der Arbeitsvertrag bereits aufgelöst ist, spielt es jedoch keine Rolle, ob er nachträglich als nichtig oder gültig erachtet wird.

C. Übertragbarkeit des Konkurrenzverbotes

1. Wechsel in der Person des Arbeitgebers

Artikel 333 Absatz 1 OR bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergehe, wenn der Arbeitgeber ihm den Betrieb überträgt und die Übernahme des Arbeitsverhältnisses verabredet wird. Dies gilt nur, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Artikel 170 Absatz 1 OR bestimmt, dass mit dem Übergang einer Forderung auch alle Nebenrechte übergehen, wenn sie nicht untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. Die Bestimmung des Artikels 333 OR gilt im Fall der Übertragung eines ganzen Betriebes auf einen neuen Rechtsträger, sei es durch Verkauf, Übertragung einer Einzelfirma an eine Gesellschaft, Fusion und dergleichen[87]. Aus Artikel 333 Absatz 1 OR und analoger Anwendung von Artikel 170 Absatz 1 OR kann man schliessen, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Konkurrenzverbot auf einen Dritten übergeht:

[85] Vgl. mit weiteren Hinweisen: Merz, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137 ff.; Oftinger, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, Festgabe für August Simonius, Basel 1955, S. 263 ff.

[86] Oser/Schönenberger, N. 19 zu Art. 356 OR; Kuttler, S. 13.

[87] Bericht EJPD 1964, S. 59; Guhl/Merz/Kummer, S. 389.

a) Der Dritte muss den Betrieb des Arbeitgebers übernehmen. Das Konkurrenzverbot ist Bestandteil und wirtschaftlicher Wertfaktor eines Unternehmens[88] und auch Bestandteil des Arbeitsvertrages, der übergeht. Würde der Dritte das Geschäft nicht weiterführen, fiele das Konkurrenzverbot schon wegen mangelnden Interesses dahin (Art. 340c Abs. 1 OR)[89].

b) Im allgemeinen ist das Konkurrenzverbot mit dem Geschäft und nicht mit dessen Inhaber persönlich verknüpft[90]. Sollte das Konkurrenzverbot ganz ausnahmsweise mit Rücksicht auf die Person des bisherigen Arbeitgebers eingegangen worden sein, ginge es nicht über (vgl. den Rechtsgedanken von Art. 164 Abs. 1 und 170 Abs. 1 OR; aber auch der Gedanke von Art. 164 Abs. 2 OR wäre analog heranzuziehen, wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag keine solche Anomalie erkennen liesse).

c) Der Regel von Artikel 333 Absatz 1 OR untersteht sinngemäss auch der Fall, dass das Konkurrenzverbot ausnahmsweise auf vom Arbeitsvertrag gesondertem Vertragsschluss beruht (z. B. jüngeren Datums ist, etwa anlässlich einer Beförderung). Für die hier behandelte Frage muss der funktionelle Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag entscheidend sein.

d) Der Erwerber des Unternehmens muss auch das Arbeitsverhältnis übernehmen. Nur dann stehen ihm Rechte und Pflichten aus Arbeitsvertrag und vertraglichem Konkurrenzverbot zu[91]. Kündigt nachher der Erwerber dem Arbeitnehmer, fällt das Konkurrenzverbot dahin (Art. 340c Abs. 2 OR)[92]. Durch den Wechsel des Arbeitgebers (der z. B. eine grössere Unternehmung sein kann) kann der Umfang des Konkurrenzverbotes nicht ohne schriftliche Zustimmung des Arbeitnehmers erweitert werden.

e) Übernimmt der Erwerber das Arbeitsverhältnis nicht, betrifft das natürlich auch das Konkurrenzverbot. Dem Betriebsveräusserer gegenüber, der diesfalls Vertragspartner des Arbeitnehmers bleibt, besteht es nur fort, wenn er nicht kündigt (vgl. Art. 340c Abs. 2 OR) und gemäss seinem neuen Betrieb das berechtigte Interesse daran behält.

f) Lehnt der Arbeitnehmer den Übergang des Arbeitsverhältnisses ab, bleibt das Konkurrenzverbot zugunsten des Betriebsübernehmers bestehen. Artikel 333 Absatz 2 OR zeigt, dass es sich in diesem Fall um nichts anderes als um eine Kündigung handelt, und nach Artikel 340c Absatz 2 OR bleibt das Konkurrenzverbot bestehen, wenn der Arbeitnehmer kündigt, ohne dass ihm der Arbeitgeber einen von diesem zu verantwortenden Anlass bietet. Aus der gesetzlichen Nor-

[88] Herold, S. 118; Nielsen, S. 33 f.

[89] Oser/Schönenberger, N. 20 zu Art. 356 OR; ZR 8, 1919, S. 6, Nr. 2; Nielsen, S. 33; Pflüger, S. 68; Hemmeler, S. 32; Pidoux, S. 90.

[90] BGE *54* II 462; Oser/Schönenberger, a.a.O.; Pflüger, S. 68; Hemmeler, S. 32; Pidoux, S. 89.

[91] Herold, S. 118.

[92] Herold, a.a.O.

malordnung von Artikel 333 Absatz 1 OR ist m. E. zu schliessen, dass der Wechsel des Arbeitgebers allein nicht als solcher Anlass zu gelten hat. Vorbehalten bleibt gemäss dem Gedanken von Artikel 340c Absatz 2 OR, dass der neue Arbeitgeber oder (vor allem bei Fusionen oder anderem Aufgehen in einer grösseren Unternehmung) die dem Arbeitnehmer zugedachte Funktion diesem unzumutbar ist.

Auch wenn durch den Übergang des Unternehmens die Stellung des Arbeitnehmers wesentlich erschwert wird, geht das Konkurrenzverbot auf den Übernehmer über[93]. Nach Artikel 333 Absatz 1 OR gehen alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis über. Wird die Stellung des Arbeitnehmers durch den Übergang wesentlich erschwert, hat er die Möglichkeit, den Übergang abzulehnen. Man wird dann die Erschwerung seiner Stellung als wichtigen Grund im Sinne des Artikels 340c Absatz 2 OR qualifizieren müssen, womit das Konkurrenzverbot dahinfällt.

g) Geht das Unternehmen nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses, aber noch während der Wirksamkeit des Konkurrenzverbots über, so gehen die Rechte aus diesem auf den Erwerber über. Das folgt nicht direkt aus Artikel 333 OR, denn es besteht kein Arbeitsverhältnis mehr, sondern nur noch ein Recht auf Konkurrenzenthaltung, das indessen zum Geschäftswert gehört. Eine Zustimmung des Verpflichteten ist nicht erforderlich[94] (vgl. die Gedanken von Art. 164 Abs. 1 und 333 Abs. 1 OR); alles mit Ausnahme der auf die Person des Arbeitgebers bezogenen Enthaltungspflicht (oben lit. b) und unter Vorbehalt des gleichbleibenden Umfanges (oben lit. d).

Mit dem Übergang des Unternehmens gehen die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR). Der Veräusserer besitzt von nun an keine Rechte mehr gegen seinen ehemaligen Arbeitnehmer[95].

h) Wird ausnahmsweise nicht das Arbeitsverhältnis als Ganzes, sondern nur der Anspruch auf Arbeitsleistung übertragen, so geht nur dieser Anspruch über und der Übertragende bleibt allein berechtigt aus dem Konkurrenzverbot (Art. 333 Abs. 4 OR). Der Arbeitgeber wird allerdings die Möglichkeit haben, das Konkurrenzverbot vertraglich auf Geheimnisse und Konkurrenzierung von Drittunternehmen auszudehnen (vgl. das Nähere hinten im Abschnitt L).

2. Wechsel in der Person des Arbeitnehmers

Es liegt in der Natur des Arbeitsvertrages und wird von Lehre und Rechtsprechung seit jeher anerkannt, dass das Arbeitsverhältnis und damit auch das Kon-

[93] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, dass das Konkurrenzverbot nicht übergehe, wenn durch den Übergang des Unternehmens die Stellung des Arbeitnehmers wesentlich erschwert werde, ist durch den neuen Artikel 333 Absatz 1 OR hinfällig geworden; vgl. z. B. BGE *54* II 463.

[94] Herold, S. 118 f.

[95] BGE *54* II 463 E. 3; Pidoux, S. 90; falsch der Entscheid in ZR 11, 1912, S. 291, Nr. 168, vgl. die Kritik von Pidoux, S. 90, Anm. 14.

kurrenzverbot auf seiten des Arbeitnehmers, weil höchstpersönlich, nicht übertragbar ist[96]. Dies folgt einerseits aus der analogen Anwendung von Artikel 164 Absatz 1 OR, anderseits aus der Systematik des Arbeitsvertragsrechtes, wo die Übertragung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ausführlich geregelt ist, von einer Übertragung durch den Arbeitnehmer jedoch kein Wort gesagt wird.

Gegenleistungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag und aus dem Konkurrenzverbot (z. B. ausstehende Karenzentschädigung) sind hingegen wie gewöhnliche Geldforderungen abtretbar und vererblich.

D. Gegenstand des Konkurrenzverbotes

Gegenstand des Konkurrenzverbotes ist nach Artikel 340 Absatz 1 OR jede konkurrenzierende Tätigkeit des Arbeitnehmers. Insbesondere darf der Arbeitnehmer weder auf eigene Rechnung ein Geschäft betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig sein oder sich daran beteiligen.

1. Das Konkurrenzgeschäft

Konkurrenzgeschäft ist nach der Legaldefinition des Artikels 340 Absatz 1 OR ein Geschäft, «das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht». Ein solches Wettbewerbsverhältnis liegt nach Lehre und Rechtsprechung dann vor, wenn zwei Geschäfte dem gleichen Abnehmerkreis gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse anbieten, sodass sie sich im Kampf um den Kunden stören[97].

Nicht zum Begriff des Wettbewerbs gehört dagegen, dass die beiden Unternehmen zu gleichen Bedingungen liefern, wie dies einige Autoren annehmen[98]. Das heutige Publikum ist im allgemeinen so kaufkräftig, dass es fast unmöglich ist, nach Preis- oder Qualitätsunterschieden zu differenzieren. Es gibt Waren, die sich bei höheren Preisen besser verkaufen lassen als bei billigeren (so vor allem die Schönheitsmittel). Daneben gibt es Waren, bei denen fast ausschliesslich auf die Qualität abgestellt wird (z. B. Uhren), und solche, bei denen der Preis eine grosse Rolle spielt (tägliche Konsumartikel, vor allem Nahrungsmittel). So kommt es in der heutigen Zeit auf den einzelnen Konsumenten an, ob er einen höheren Preis bezahlen will und dafür vielleicht eine bessere Qualität erhält, oder ob er eher billige Waren kauft und der Qualität weniger Bedeutung zumisst. Dies auch dann, wenn Preis- und Qualitätsunterschiede gross sind. Die Grenzen sind je nach Ware

[96] Pidoux, S. 87; Herold, S. 119; Hemmeler, S. 32; so auch schon in BGE *26* II 41.

[97] BGE *51* II 442, *92* II 25; Oser/Schönenberger, N. 17 zu Art. 356 OR; Becker, N. 8 zu Art. 356 OR; von Büren, N. 45 ff. zu Allg.; Pflüger, S. 33 f.; Pidoux, S. 39 f.

[98] So Pflüger, S. 34, Pidoux, S. 40.

und je nach Kunde fliessend, und man kann heute nicht mehr verschiedene Kundenkreise unterscheiden, von denen die einen billige und schlechte, die anderen teure und gute Produkte kaufen; es ist vielmehr so, dass sich die Fabrikanten von teuren und billigen Produkten weitgehend an den gleichen Personenkreis wenden[99].

Die genannten drei Kriterien genügen vollauf für die Entscheidung, ob zwischen zwei Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis bestehe. Nicht nötig ist, dass dem einen Unternehmen durch die Konkurrenztätigkeit des anderen ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht, worauf einige Autoren grosses Gewicht legen[100]. Es genügt vielmehr, dass beide Unternehmen um die gleichen Kunden *werben* (was schon im Begriff «Wett*bewerb*» liegt), was immer der Fall sein wird, wenn sie dem gleichen Abnehmerkreis gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher Bedürfnisse anbieten. So kann ihnen potentiell immer ein Schaden entstehen, der jedoch in den erwähnten Kriterien schon erfasst ist. Der Schaden braucht auch nicht wirklich einzutreten. Es ist sehr wohl möglich, dass die Abnehmer in ihrer Gesamtheit ihrem Geschäft treu bleiben, so dass diesem durch die Mitbewerbung des andern kein effektiver Schaden entsteht. Trotzdem stehen die beiden Unternehmen miteinander in Wettbewerb, solange sie um den gleichen Kunden werben[101]. Sie sind demnach Konkurrenzgeschäfte.

Die beiden Unternehmen brauchen sich ferner in Produktionstechnik und kaufmännischer Gestaltung nicht ähnlich zu sein[102]. Ein kleiner Laden und ein grosses Discountgeschäft können sehr wohl Konkurrenten sein, wenn sie gleiche Waren anbieten (z. B. ein Tabakladen und ein Denner-Discountgeschäft, wo die Tabakwaren unter den Einzelhandelspreisen verkauft werden). Nicht auf das Herstellungsverfahren und nicht auf die kaufmännische Organisation des Unternehmens, sondern allein auf das Endprodukt, die Ware oder Leistung, die sie auf den Markt bringen, kommt es bei Beantwortung der Frage an, ob sie Konkurrenten seien[103].

Für die Entscheidung, ob zwischen zwei Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis vorliege, bleibt es damit bei den bereits genannten Kriterien: gleicher Abnehmerkreis und gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse.

a) Ein *gleicher Abnehmerkreis* besteht schon, wenn sich die Abnehmerkreise der beiden Unternehmen teilweise decken[104]. Es kommt auch nicht darauf an, wer be-

[99] Gl. M. wohl von Büren, N. 47 zu Allg.

[100] So Hemmeler, S. 34; Pflüger, S. 34; Pidoux, S. 40.

[101] Vgl. von Büren, N. 45 zu Allg.

[102] So Hemmeler, S. 34; Pflüger, S. 35 f.; die gleiche Ansicht wurde früher auch vom Bundesgericht vertreten, vgl. BGE *21*, S. 610.

[103] Vgl. Pidoux, S. 40 f.; ZR 46, 1947, S. 297, Nr. 154; auch ein kleines Unternehmen kann einem grossen Konzern Konkurrenz machen.

[104] Vgl. den Entscheid des Bundesgerichts in der Neuen Zürcher Zeitung vom 27. 1. 1956, Nr. 248.

reits zu den Abnehmern der Ware gehört, sondern wer sie allenfalls abnehmen wird, an wen sich die Unternehmen wenden[105].

Als unzutreffend erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach nicht alles, was «Wettbewerb» im Sinne des UWG ist, auch «Konkurrenz» im Sinne des Arbeitsvertragsrechts sein soll[106]. Die Begründung des Bundesgerichts für diese Begriffsunterscheidung liegt darin, dass Zweck und Umstände, unter denen das Konkurrenzverbot zustande komme, eine zurückhaltende Auslegung nahelegen. M.E. ist der Arbeitnehmer durch die gesetzlichen Vorschriften der Artikel 340 ff. OR ausreichend geschützt, so dass diese Vorschriften nicht mehr einseitig zugunsten des Arbeitnehmers, sondern nach den beidseitigen Interessen der Parteien auszulegen sind. Im weitern ist in Artikel 340 OR nicht mehr von einem «konkurrierenden» (so in Art. 356 Abs. 1 aOR), sondern von einem Geschäft, das mit dem des Arbeitgebers in «Wettbewerb» steht, die Rede, und es besteht kein Anlass, den Begriff «Wettbewerb» im Arbeitsvertrag anders auszulegen als im UWG; denn der Arbeitnehmer, der ein vertragliches Konkurrenzverbot übertritt, handelt nicht weniger verwerflich als der Geschäftsmann, der den Grundsatz von Treu und Glauben im Wettbewerb verletzt.

Nicht erforderlich ist demnach, dass die beiden Geschäfte der gleichen Wirtschaftsstufe angehören. Unter dem neuen Arbeitsvertragsrecht sollte die Rechtsprechung in dem Sinne geändert werden, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Grossisten und dem Detaillisten, zwischen dem Fabrikanten und dem Grossisten bestehen kann, auch wenn sie nicht *direkt* den gleichen Kundenkreis beliefern[107], natürlich immer vorausgesetzt, dass die übrigen Voraussetzungen des Konkurrenzverbotes gegeben sind. So kann ein Arbeitnehmer, der in eine Parfümfabrik eintritt, die nur Grossisten beliefert, seinen früheren Arbeitgeber, der auch Parfüm herstellt, jedoch nur Warenhäuser bedient, erheblich schädigen, wenn er am neuen Arbeitsort Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verrät, die er am früheren Arbeitsplatz erfahren hat. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre ein Konkurrenzverbot in diesem Fall wirkungslos, weil die beiden Unternehmen nach dieser Praxis nicht als Konkurrenzgeschäfte gelten. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend und widerspricht dem Grundgedanken der Artikel 340 ff. OR, wonach das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers unmittelbar durch Gesetz geschützt werden soll, der Arbeitgeber sich jedoch innert diesen gesetzlichen Schranken umfassend gegen jede Konkurrenzierung schützen können soll.

Es wäre daher zu wünschen, dass die Rechtsprechung bei der Anwendung des neuen Artikels 340 Absatz 1 OR auch die schützenswerten Interessen des Arbeit-

[105] Oser/Schönenberger, N. 17 zu Art. 356 OR; von Büren, N. 47 zu Allg.
[106] BGE *92* II 24.
[107] Vgl. dazu ZR 36, 1937, S. 178, Nr. 91.

gebers vermehrt berücksichtigte und den Begriff des «Wettbewerbs» weiter auslegte als bisher. Als Konkurrenzgeschäfte sollten nicht nur Unternehmen betrachtet werden, die direkt die gleichen Abnehmerkreise beliefern, sondern auch solche, die ihre Produkte indirekt, über eine oder mehrere Wirtschaftsstufen, an die gleichen Kunden bringen; es sollten lediglich die gleichen *Letztabnehmer* beliefert werden[108]. Die vernünftige Begrenzung des Konkurrenzverbotes ergibt sich ja schon aus den übrigen Voraussetzungen, so vor allem daraus, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, den Arbeitgeber erheblich zu schädigen, und dass anderseits sein wirtschaftliches Fortkommen durch das Verbot nicht unbillig erschwert werden darf (Art. 340 Abs. 2 und 340a Abs. 1 OR).

Dass auch das deutsche Bundesarbeitsgericht den Begriff der «Konkurrenztätigkeit» und des «Wettbewerbs» so weit fasst, zeigt der Ausschnitt aus einem neueren Entscheid[109]: «Ist einem technischen Angestellten durch ein vertragliches Wettbewerbsverbot die Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen seines bisherigen Arbeitgebers verboten, dann erfasst das Verbot auch die Tätigkeit in einem solchen neuen Betrieb, dessen Fertigungsprogramm wenigstens zu einem nicht unerheblichen Teil mit dem des bisherigen Betriebes übereinstimmt, auch wenn die beiden Betriebe im übrigen nicht miteinander konkurrieren.» Dieser Entscheid zeigt doch, dass es zur Hauptsache auf das gleiche «Fertigungsprogramm», d. h. auf gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse, und nicht so sehr (im zitierten Entscheid überhaupt nicht) auf Übereinstimmung des Kundenkreises ankommt.

b) *Gleichartige Leistungen zur Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse:* Bei dieser Voraussetzung ist nicht so sehr auf die Gleichartigkeit der Waren und Dienstleistungen, als vielmehr auf die Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse abzustellen[110]. So hat das Bundesgericht zu Recht entschieden, dass eine Fayence-Fabrik und ein Unternehmen zur Herstellung von Porzellan (ähnliche Ware) nicht Konkurrenzunternehmen seien, weil sie verschiedene Bedürfnisse befriedigen (Fayence zur Zier, Porzellan zum Gebrauch)[111]. Mit Recht führte das Bundesgericht ferner aus, wer durch den Verkauf von Alkohol den Kunden daran hindere, sich neue Schuhe zu kaufen, weil die Mittel dazu nicht auch noch ausreichen, sei noch nicht Konkurrent des Schuhhändlers; auch sei der Waschmaschinenhändler nicht Konkurrent der Kundenwäscherei[112]. Im ersten Fall sind es zwei ganz verschiedene Bedürfnisse; im zweiten Fall verschiedene Bedürfnisse, die sich gegenseitig ausschliessen. Denn das Bedürfnis nach einer Waschmaschine ist nicht gleichzusetzen dem Bedürfnis, die schmutzige Wochenwäsche in der

[108] Gl. M. Nielsen, S. 22; Beispiel in SJ 74, 1951, S. 218.
[109] Fundheft für Arbeitsrecht 16, 1970, S. 121, Nr. 2560, E. 1 (Entscheid vom 16. 12. 1968).
[110] Becker, N. 8 zu Art. 356 OR; Pflüger, S. 35.
[111] BGE *21*, S. 610.
[112] BGE *92* II 25 f.

Kundenwäscherei waschen zu lassen, obwohl der Waschmaschinenbesitzer kein Bedürfnis mehr nach einer Kundenwäscherei haben wird.

Hingegen sind für das Kriterium der gleichen oder ähnlichen Bedürfnisse auch die Substitutionsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. So stehen in Wettbewerb Unternehmen, die Kartoffeln und Teigwaren[113], Kohle und Elektrizität[114], Seide und Kunstseide[115] anbieten, ferner auch Anwälte und andere Rechtsberater[116].

Von Konkurrenzgeschäften kann nach der Praxis nur dann die Rede sein, wenn zwei Unternehmen die konkurrenzierende Tätigkeit als Gewerbe ausüben, d. h. nur bei dauernder Herstellung eines Artikels und ständiger Belieferung der Kundschaft. Wer zum Beispiel Aerosol-Abfüllmaschinen verkauft und den umworbenen Kunden über die Aerosol-Erzeugnisse berät, die er mit der Maschine herstellen kann, wird damit noch nicht zum Konkurrenten des Fabrikanten von Aerosol-Erzeugnissen, der seinen Kunden über dieselben Erzeugnisse Ratschläge erteilen wird. Diese Beratung ist für beide Unternehmen nicht Gewerbe, sondern eine nebensächliche Tätigkeit für den Absatz ihrer Produkte, welche nicht unmittelbare Verdienstquelle ist[117].

2. Konkurrenztätigkeit

Nach Artikel 340 Absatz 1 OR kann durch das Konkurrenzverbot dem Arbeitnehmer jede konkurrenzierende Tätigkeit untersagt werden, «insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen». Diese verschiedenen Möglichkeiten der Konkurrenztätigkeit sind im folgenden näher zu betrachten.

a) *Der Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes:* Darunter fällt in erster Linie die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens durch den Arbeitnehmer auf eigenen Namen und eigene Rechnung[118]. Auch der Betrieb auf den Namen einer Drittperson aber auf Rechnung des Arbeitnehmers fällt darunter, denn hier wird, etwas verschleiert, dasselbe Resultat erreicht[119]. So hat das sankt gallische Obergericht einer Coiffeuse, die das Konkurrenzverbot in der Weise zu umgehen wusste, dass sie eine Drittperson zur Eröffnung eines Damensalons veranlasste und bei dieser scheinbar in ein Arbeitsverhältnis trat, die sofortige Geschäftsschliessung befohlen[120]. Nach Lehre und Rechtsprechung fällt auch der Betrieb eines Konkurrenz-

[113] Von Büren, N. 46 zu Allg.
[114] Becker, N. 30 zu Art. 48 OR.
[115] BGE *56* I 46.
[116] ZR 51, 1952, Nr. 25.
[117] BGE *92* II 27 f.; ZR 45, 1946, S. 54, Nr. 28 (Entscheid des Zürcher Obergerichts, vom Bundesgericht bestätigt am 27. 4. 1942).
[118] Oser/Schönenberger, N. 18 zu Art. 356 OR; Pflüger, S. 36; Pidoux, S. 42.
[119] BGE *53* II 330; Hemmeler, S. 34; Becker, N. 11 zu Art. 356 OR.
[120] Urteil vom 23. 2. 1940, in ZBGR 26, 1945, S. 310, Nr. 129.

geschäftes auf fremden Namen und fremde Rechnung unter den Tatbestand des Artikels 340 OR, wenn die Drittperson zum Arbeitnehmer in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Das gilt zum Beispiel für die Führung eines Konkurrenzgeschäftes auf Namen und Rechnung der Ehefrau, eines unmündigen Sohnes oder eines vom Arbeitnehmer abhängigen Strohmannes[121]. Das gilt aber auch für das Vorschieben einer juristischen Person (Einmann-AG und dergleichen), welche massgebend oder ausschliesslich vom Arbeitnehmer beherrscht wird[122]. Ob man diesen Fall auch unter das «Abhängigkeitsverhältnis» subsumiert oder ob man mit dem sog. «Durchgriff» auf den Arbeitnehmer greift[123], spielt für das Ergebnis keine Rolle. In beiden Fällen handelt es sich um einen Verstoss gegen Treu und Glauben oder um eine sog. «Gesetzesumgehung». Von einer solchen spricht man immer dann, «wenn mit der Wahl eines bestimmten Mittels ein verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll. Ist der angestrebte Erfolg verboten, handelt es sich mit andern Worten bei der umgangenen Vorschrift um ein sogenanntes Zielverbot, so sind auch alle andern Mittel zur Erreichung dieses Zieles unzulässig, und es ist daher auch dem an Stelle des verbotenen Rechtsgeschäfts gewählten die rechtliche Gültigkeit zu versagen[124].» Der verbotene Erfolg ist in diesem Fall der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts durch den Arbeitnehmer; derselbe verbotene Erfolg wird auch erreicht durch den Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts durch eine vom Arbeitnehmer abhängige Drittperson oder durch das Vorschieben einer juristischen Person; dies verstösst deshalb gegen Artikel 2 ZGB[125].

b) *Die Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäft:* Darunter ist zu verstehen jede Betätigung in irgendeinem Konkurrenzunternehmen, sei es als Arbeitnehmer, Agent oder in anderer Eigenschaft auf bestimmte oder unbestimmte Dauer, sei es durch gelegentliche Mithilfe, Beratung oder Unterstützung eines Konkurrenten gegen Entgelt. Immer wenn in dieser Weise die Arbeitskraft einem Konkurrenzgeschäft zur Verfügung gestellt wird, fällt die Tätigkeit unter das Verbot. Gefälligkeitsdienste und Ratschläge, die der Arbeitnehmer von Zeit zu Zeit gratis erteilt, genügen dagegen nicht zur Annahme einer Konkurrenztätigkeit[126]. Die Abgrenzung zwischen «Gefälligkeitsdiensten» und «Konkurrenztätigkeit» lässt sich m.E. nicht allein nach dem Kriterium des Entgelts vornehmen, es wird zudem auf das Moment der Dauer und damit auch auf die Wirkung ankommen, die diese Tätigkeit auf das Unternehmen des früheren Arbeitgebers hat. Erteilt der Arbeitnehmer dem Konkurrenten über längere Zeit hin, sei es von Zeit zu Zeit, sei

[121] Oser/Schönenberger, N. 18 zu Art. 356 OR; Pflüger, S. 36; Pidoux, S. 42; BGE *53* II 321.

[122] Oser/Schönenberger, a.a.O.

[123] Vgl. Merz, N. 286 ff. zu Art. 2 ZGB; BGE *71* II 272 (nicht zum Arbeitsvertrag).

[124] BGE *79* II 83.

[125] Sofern dies nicht schon durch die Tätigkeit oder Beteiligung (vgl. lit. b und c) erfasst wird.

[126] Becker, N. 12 zu Art. 356 OR.

es regelmässig, Ratschläge ohne Entgelt, wird man trotz Unentgeltlichkeit eine Konkurrenztätigkeit annehmen müssen, und zwar weil mit der Regelmässigkeit die Vermutung verbunden ist, die Tätigkeit des Arbeitnehmers habe für den früheren Arbeitgeber die Wirkung von Konkurrenz[127].

c) *Die Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft:* Von einer Beteiligung spricht man im Wirtschaftsleben insbesondere dann, wenn jemand auf Grund einer Geldeinlage am Ergebnis des Unternehmens eines andern teilnimmt[128]. Im Bereich des Konkurrenzverbotes legen jedoch Lehre und Rechtsprechung den Begriff der «Beteiligung» weiter aus, weil sich dies zum Schutze des Arbeitgebers aufdrängt. So wird denn hier unter «Beteiligung» jede einigermassen dauerhafte Unterstützung oder Förderung einer fremden Unternehmung verstanden[129]. Der Gesetzgeber hat auch die Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft insbesondere deshalb untersagt, weil mit der Beteiligung vielfach auch ein Einfluss auf die Geschäftsführung verbunden ist, wo der Arbeitnehmer seine Erfahrungen verwerten könnte, zudem weil es ohne das Verbot der «Beteiligung» ein leichtes wäre, das Konkurrenzverbot zu umgehen.

Die beiden Entscheide, in denen das Bundesgericht seine dieser Ansicht entsprechende Rechtsprechung eingeleitet hat, seien hier kurz dargestellt. Im ersten Fall handelte es sich um den Mieter einer Wirtschaft, der gegenüber dem Vermieter ein Konkurrenzverbot eingegangen war, das ihm auch die Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nach Auflösung des Mietverhältnisses untersagte. Nach Beendigung des Mietverhältnisses stand der Mieter einem Konkurrenten des Vermieters für eine ansehnliche Summe Bürge, wofür der Konkurrent sich verpflichtete, seinen ganzen Alkoholbedarf während zehn Jahren beim Bürgen zu decken. Das Bundesgericht entschied, dass durch die Bürgschaft und die Bezugsverpflichtung die Interessen der beiden Unternehmen derart verknüpft worden seien, dass dies einer direkten Beteiligung des Bürgen am Konkurrenzgeschäft gleichzusetzen sei; dies auch, weil die Rentabilität des einen Unternehmens direkt vom Umsatz des andern beeinflusst werde[130].

Im zweiten Fall handelte es sich um ein Konkurrenzverbot in einem Werklieferungsvertrag. Der Vater, der an ein Konkurrenzverbot gebunden war, verkaufte die Werkstätte seinem Sohn unter Gewährung eines erheblichen Darlehens. In dieser Werkstätte betrieb der Sohn hierauf das Konkurrenzgeschäft, das dem Vater verboten war. Das Bundesgericht nahm an, dass durch den Kredit eine dauernde Beziehung zwischen Verkäufer und Käufer geschaffen worden sei, ja dass

[127] Vgl. BGE *89* II 130, wonach Konkurrenztätigkeit «jede durch eine Beziehung von einer gewissen Dauer vermittelte Förderung oder Unterstützung» eines Konkurrenzunternehmens ist.
[128] BGE *89* II 130.
[129] Oser/Schönenberger, N. 18 zu Art. 356 OR; Becker, N. 12 zu Art. 356 OR; BGE *89* II 131.
[130] BGE *51* II 438.

die Gründung des Konkurrenzgeschäfts durch das Darlehen erst ermöglicht und das Konkurrenzverbot deswegen verletzt worden sei[131].

Es fällt auf, dass es sich in beiden Fällen nicht um Konkurrenzverbote im Arbeitsvertrag handelt. Es scheint fraglich, ob sich die erwähnten Grundsätze auch auf eine «Beteiligung» im Rahmen des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots übertragen lassen, wie das PIDOUX annimmt[132]. Für eine «Beteiligung» im Sinne des Artikels 340 OR braucht es m. E. mehr als die blosse Unterstützung oder Förderung eines Unternehmens, nämlich die Möglichkeit, den Einblick in Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, den man beim frühern Arbeitgeber erlangt hat, im Konkurrenzunternehmen auszuwerten. Mit andern Worten: der Arbeitnehmer muss einen – direkten oder indirekten – Einfluss auf die Führung des Konkurrenzgeschäfts ausüben können[133].

Diese Einflussnahme wird regelmässig vorhanden sein bei Beteiligung an einer einfachen Gesellschaft, die per definitionem eine Personenverbindung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit *gemeinsamen Mitteln und Kräften* ist (Art. 530 Abs. 1 OR). Die Geschäftsführung steht grundsätzlich allen Gesellschaftern zu (Art. 535 Abs. 1 OR), und alle sind an Gewinn und Verlust beteiligt (Art. 532, 533 OR). Wegen dieser engen Verknüpfung der Interessen der Gesellschaft mit jenen des Gesellschafters und der Einflussnahme des einzelnen Gesellschafters auf die Geschäftsführung ist die Beteiligung an einer einfachen Gesellschaft zweifellos eine «Beteiligung» im Sinne des Artikels 340 OR[134].

Bei einer Beteiligung als stiller Gesellschafter (Einbringen von Vermögenswerten oder Leistung einer Bürgschaft an eine fremde Unternehmung mit Gewinn- und Verlustbeteiligung und Mitspracherecht in Gesellschaftsangelegenheiten[135]) wird man auf den einzelnen Fall abstellen und insbesondere prüfen, ob der stille Gesellschafter in concreto einen solchen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt, dass er die bei seinem frühern Arbeitgeber gewonnenen Erfahrungen zu dessen Schaden verwerten kann.

Als verbotene Beteiligung gilt auch die Tätigkeit als Kollektivgesellschafter eines Konkurrenzgeschäftes, dies vor allem wegen der persönlichen Tätigkeit des Gesellschafters, wegen der Beteiligung an Gewinn und Verlust und der persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden, welche eine starke Interessenverknüpfung und ein persönliches Engagement des Gesellschafters in Angelegenheiten der Gesellschaft bewirken[136].

[131] BGE *89* II 126; ähnlicher Entscheid in SJ 91, 1968, S. 247.
[132] PIDOUX, S. 43 f.
[133] Vgl. HEMMELER, S. 35; PFLÜGER, S. 38; so wohl auch OSER/SCHÖNENBERGER, N. 18 zu Art. 356 OR, die von «massgebendem Einfluss» sprechen.
[134] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 18 zu Art. 356 OR; HEMMELER, S. 35; PFLÜGER, S. 37.
[135] GUHL/MERZ/KUMMER, S. 525.
[136] OSER/SCHÖNENBERGER, a. a. O.; HEMMELER, S. 35; PFLÜGER, S. 37.

Die Stellung des Kommanditärs wird im allgemeinen nicht als «Beteiligung» im Sinne von Artikel 340 OR gelten können[137], denn hier fehlt es meist am massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung, von der der Kommanditär ausgeschlossen ist (Art. 600 OR). Im Einzelfall kann jedoch die Beteiligung an Gewinn und Verlust verbunden mit einer hohen Kommanditsumme, mit der der Kommanditär auch persönlich haftet, einen Sachverhalt ergeben, bei dem man die Rolle des Kommanditärs (wegen seines grossen Einflusses) als «Beteiligung» qualifizieren müsste.

Der Erwerb von Aktien eines Konkurrenzunternehmens fällt nach der herrschenden Lehre nicht unter die «Beteiligung» im Sinne des Artikels 340 OR[138]. Die Aktie gewährt ihrem Inhaber keinen Einfluss auf die Geschäftsführung. Er hat lediglich das Stimmrecht in der Generalversammlung, kann aber damit keinen Einfluss auf die Verwaltung ausüben, wenn er nur einige wenige Papiere besitzt. Anders liegt der Fall, wenn der Aktionär so viele Aktien besitzt, dass er damit an der Generalversammlung massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann. Hier ist der Einfluss wiederum so gross, dass dies als verbotene Beteiligung erscheint. Gleiches gilt, wenn der aus dem Konkurrenzverbot Verpflichtete in der Verwaltung der konkurrierenden Aktiengesellschaft oder bei deren Gründung mitwirkt[139].

Ähnlich wird man entscheiden bei der Gewährung eines Darlehens oder einer Bürgschaft an ein Konkurrenzunternehmen. Ist das Darlehen oder die Bürgschaft so bedeutend, dass der Arbeitnehmer damit einen direkten oder indirekten Einfluss auf die Geschäftsführung erhält, wird man eine verbotene Beteiligung annehmen, andernfalls nicht[140]. Man denke etwa an eine Schreinerei, die nur noch dank eines Darlehens des Arbeitnehmers existenzfähig ist. Der Arbeitnehmer wird hier nicht nur die Zinsen seines Darlehens einziehen, sondern auch die Geschäftsführung des Betriebsinhabers kontrollieren und beeinflussen können, der von ihm abhängig ist.

In Abweichung von der bundesgerichtlichen Praxis ist daher unter «Beteiligung» im Sinne des Artikels 340 Absatz 1 OR zu verstehen jede dauerhafte Förderung oder Unterstützung eines Unternehmens, bei der der Arbeitnehmer einen *Einfluss auf die Geschäftsführung* ausüben kann.

Dies sind die drei Arten der konkurrenzierenden Tätigkeit, wie sie in Artikel 340 OR vorgesehen sind. Es steht natürlich den Parteien frei, wie weit sie diese Tä-

[137] A. M. Oser/Schönenberger, a. a. O., und Hemmeler, a. a. O.

[138] Oser/Schönenberger, N. 18 zu Art. 356 OR; Becker, N. 12 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 43.

[139] Oser/Schönenberger, a. a. O.; vgl. auch vorne lit. a («Vorschieben einer AG»).

[140] Gl. M. wohl das Bundesgericht: ein gewöhnliches Darlehen *kann* unter verbotene Beteiligung fallen (BGE *89* II 131), ebenso die Stundung eines *grossen* Teils der Kaufsumme (BGE *89* II 132).

tigkeit im Vertrag beschränken wollen. Sie dürfen soweit gehen und *jede konkurrenzierende Tätigkeit* verbieten (Art. 340 Abs. 1 OR).

E. Schranken des Konkurrenzverbotes

Gemäss Artikel 340a Absatz 1 OR ist das Konkurrenzverbot «nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist». Überschreitet das Verbot diese Grenzen, muss es der Richter nach Absatz 2 des gleichen Artikels einschränken.

Die Begriffe der «angemessenen Begrenzung» des Verbots und der «unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers» sind an sich schwer zu umschreiben. Das Gesetz gibt jedoch dem Richter Hinweise, wie er bei der Auslegung der Begriffe «angemessen» und «unbillig» vorzugehen hat. So bestimmt das Gesetz, der Richter habe bei der Einschränkung des Verbotes *alle Umstände* zu würdigen (Art. 340a Abs. 2 OR).

Auf der einen Seite darf das Verbot nicht weiter gehen, als es die berechtigten Interessen des Arbeitgebers erfordern[141]. Dies folgt aus Artikel 340c Absatz 1 OR, wonach das Konkurrenzverbot dahinfällt, wenn der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse an dessen Aufrechterhaltung hat, und aus Artikel 340 Absatz 2 OR, wonach das Verbot nur zulässig ist, wenn der Arbeitnehmer den Patron auf Grund des Einblicks in Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erheblich schädigen könnte. *Das bedeutet, dass ein Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand nur soweit angemessen ist, als der Arbeitnehmer die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung hat.* Dies ergibt sich aus Art und Umfang des Geschäftes und aus der Stellung, die der Arbeitnehmer darin einnahm[142]. Erheblich ist die Schädigung, wenn ihr im Verhältnis zum Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers ein gewisses Gewicht zukäme[143].

Auf der anderen Seite ist das Konkurrenzverbot nur soweit «angemessen», als es nach Ort, Zeit und Gegenstand das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschwert (Art. 340a Abs. 2 OR). Es kommt dabei vor allem darauf an, wie schwer ihn das Konkurrenzverbot trifft (dabei ist zu berücksichtigen die Ausbildung des Arbeitnehmers, die Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Branchen- oder Berufsänderung, die Lage am Arbeitsmarkt, die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Konkurrenzenthaltung[144]).

[141] BGE *91* II 381, *96* II 143 E. 3a.
[142] Kuttler, S. 16.
[143] Kuttler, S. 17.
[144] Oser/Schönenberger, N. 1 zu Art. 357 OR; Nachteile im bereits erworbenen Vermögen sind hingegen nicht zu berücksichtigen, vgl. BGE *96* II 144 E. 3b.

Wann die Erschwerung als «unbillig» zu betrachten ist, hängt von der Abwägung je an sich genügender Interessen der beiden Parteien ab[145]. «Unbillig» ist die Erschwerung jedenfalls dann, wenn das vorne dargestellte schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot fehlt. Nicht «unbillig» ist die Erschwerung, wenn das Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot dem entgegengesetzten Interesse des Arbeitnehmers gleichwertig ist oder das Arbeitgeberinteresse überwiegt.

Ob ein Konkurrenzverbot «angemessen» sei, wird der Richter demnach entscheiden durch Vergleich der beidseitigen Interessen mit dem Umfang des Verbots nach Ort, Zeit und Gegenstand[146].

Daraus folgt, dass die Elemente des Artikels 340a Absatz 1 OR, die sich auf den angemessenen Umfang des Konkurrenzverbotes beziehen (Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand), gesamthaft zu würdigen sind[147]. So führte das Bundesgericht zutreffend aus[148]: «Du reste, les différentes restrictions prévues à l'art. 357, ne doivent pas être considérées successivement et isolément, il faut rechercher si, dans leur ensemble, elles sont de nature à compromettre d'une manière contraire à l'équité, l'avenir économique de l'employé... Une limitation très restreinte dans le genre d'affaires peut avoir pour corollaire une prohibition étendue dans le temps et dans l'espace.» Daher kann das Verbot in der einen Richtung recht weit gehen, wenn es in einer andern eng begrenzt ist. So schützte das Zürcher Handelsgericht ein Konkurrenzverbot, das einem Chemiker jede Tätigkeit auf dem Gebiet der Gummi- und Gummiersatzstoffe, auf die er spezialisiert war, untersagte. Obschon sich das Verbot ausserdem auf die ganze Schweiz erstreckte, wurde es

[145] Oser/Schönenberger, a.a.O.

[146] Oser/Schönenberger, a.a.O.; Becker, N.2 zu Art.357 OR; Kuttler, S.19; Pflüger, S.39; SJZ 34, 1937, S.234, Nr.173; BGE *43* II 663, *61* II 94, *91* II 381, *96* II 143; weniger eindeutig BGE *44* II 95 und *55* II 261. Unzutreffend sind die Ansichten von Hemmeler, S.43, und Pidoux, S.46 f., welche annehmen, bei der Entscheidung über die Angemessenheit des Verbots seien nur die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Die Ansicht von Hemmeler wurde von Kuttler, S.19, Anm.11, überzeugend widerlegt. Pidoux begründet seine Ansicht damit, die Interessen des Arbeitgebers würden durch den Richter schon bei der Anwendung der Artikel 340 Absatz 2 OR (Möglichkeit der erheblichen Schädigung) und 340c Absatz 1 OR (erhebliches Interesse des Arbeitgebers) berücksichtigt. Bei diesen beiden Bestimmungen geht es jedoch nur um den Untergang bzw. um die Entstehung des Konkurrenzverbots. Bei der Bestimmung des Umfanges würden dann die Interessen des Arbeitgebers überhaupt nicht beachtet. Dies würde zu stossenden Ergebnissen führen: Angenommen der Arbeitgeber habe sein gesamtes Kapital in ein Projekt investiert, das nun entwickelt ist und dessen Ergebnisse der Arbeitnehmer kennt. Der Arbeitgeber hat ein lebenswichtiges Interesse an einem umfassenden Verbot. Auf dieses Interesse hat jedoch der Richter nach der Ansicht von Pidoux nicht die geringste Rücksicht zu nehmen. Er wird demnach jedes umfassende Konkurrenzverbot einschränken, und zwar genau auf den gleichen Umfang, ob das Interesse des Arbeitgebers gross oder unbedeutend ist. Dies entspricht sicher nicht dem Sinn des Gesetzes und wird von Lehre und Rechtsprechung einhellig abgelehnt.

[147] Oser/Schönenberger, N.1 zu Art.357 OR; Kuttler, S.21; Pflüger, S.39; Pidoux, S.46; SJZ 49, 1952, S.50; BGE *44* II 94 f., *91* II 381, *96* II 143.

[148] BGE *44* II 94 f.; so auch BGE *91* II 381; Oser/Schönenberger, a.a.O.; Becker, N.3 zu Art.357 OR.

für zulässig gehalten, weil es zeitlich eng begrenzt war (zwei Jahre)[149]. Das Bundesgericht schützte ein Konkurrenzverbot, das dem Leiter einer pyrotechnischen Anstalt für zehn Jahre verbot, eine ähnliche Tätigkeit auszuüben. In diesem Fall war das Verbot zwar zeitlich weitreichend, dagegen dem Gegenstand nach beschränkt auf ein kleines Spezialgebiet[150].

Zusammenfassend lässt sich sagen, *dass der Richter die Angemessenheit des Konkurrenzverbotes nach der Gesamtrelation der beidseitigen Interessen und der zeitlichen, örtlichen und sachlichen Ausdehnung beurteilen muss*[151]. Im folgenden werden die Schranken in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht kurz einzeln dargestellt.

1. Örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots

Die grösstmögliche örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes liegt im Wirkungskreis des Unternehmens, zu dessen Schutz das Konkurrenzverbot vereinbart wurde. Ist das neue Geschäft, in das der Arbeitnehmer eintritt, ausserhalb dieses Bereiches, so ist es kein Konkurrenzgeschäft im Sinne des Artikels 340 Absatz 1 OR mehr[152].

Das Bundesgericht hat ein Konkurrenzverbot geschützt, das einem Vertreter der Stickereibranche für die ganze Ostschweiz auferlegt war[153]. Nicht geschützt wurde das einem Kleinreisenden in der Nahrungmittelbranche auferlegte Verbot, das ihm untersagte, in der ganzen Schweiz und in allen Ländern, wo vom Konzern des früheren Arbeitgebers beeinflusste Gesellschaften bestanden, eine Stelle bei der Konkurrenz anzunehmen. Der Vertreter war nur in den Kantonen Ob- und Nidwalden tätig gewesen, hatte also nur insoweit einen Einblick in den Kundenkreis (worum es in diesem Fall allein ging). Es bestand deshalb kein weitergehendes Interesse der Firma, und das Verbot hatte nur Bestand für die zwei erwähnten Kantone[154].

2. Zeitliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots

In zeitlicher Hinsicht enthält das Arbeitsvertragsrecht in Artikel 340a Absatz 1 OR eine neue Regel: Das Konkurrenzverbot darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten[155].

Die absolute Grenze bildet auch hier der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber

[149] Entscheid vom 15.4.1947, in ZR 46, 1947, S.297, Nr.154.
[150] BGE *43* II 660.
[151] BGE *96* II 143 E.3a und 3b.
[152] Oser/Schönenberger, N.3 zu Art.357 OR; Pidoux, S.49.
[153] BGE *55* II 258.
[154] BGE *91* II 372; vgl. auch den Entscheid des Tribunal cantonal VD vom 1.5.1935, in SJZ 34, 1937, S.234.
[155] Die Frist von drei Jahren ist ein Kompromiss zwischen Forderungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vgl. Botschaft BR 1967, S.160.

kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Verbotes hat (vgl. Art. 340c Abs. 1 OR)[156]. Eine absolute Grenze bildet nach der Ansicht einiger Autoren auch der Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer infolge der Konkurrenzenthaltung seine beruflichen Fähigkeiten verliert[157]. Im übrigen ist jedoch auch die zeitliche Ausdehnung des Verbotes zusammen mit allen Faktoren zu prüfen, um zu entscheiden, ob das Verbot angemessen sei (Ort, Gegenstand, beidseitige Interessen).

Die Abrede längerer Fristen wird in der Praxis bei Einblick des Arbeitnehmers in Fabrikationsgeheimnisse hingenommen, denn diese bleiben oft längere Zeit geheim und können für den Arbeitgeber von erheblichem Interesse sein. Hatte der Arbeitnehmer nur Einblick in den Kundenkreis, nimmt das Interesse des Arbeitgebers am Verbot ziemlich rasch ab. Es besteht nur so lange, bis der Arbeitgeber einen neuen Angestellten bei der Kundschaft eingeführt hat; denn von diesem Zeitpunkt an kann ihm sein ehemaliger Angestellter nicht mehr durch seinen Einblick, sondern nur auf Grund seiner persönlichen Fähigkeiten Kunden abspenstig machen[158]. So wurde ein Verbot im Fall eines Vertreters, der bloss Einblick in den Kundenkreis hatte, vom Bundesgericht nur für zwei Jahre geschützt[159].

All die erwähnten Grundsätze gelten auch heute noch, obwohl nun das Konkurrenzverbot eine gesetzliche Grenze in bezug auf seine Dauer erhalten hat. Die Festsetzung einer Frist von drei Jahren hat natürlich nicht die Bedeutung, dass nun alle Konkurrenzverbote, die nicht mehr als drei Jahre dauern, von den Gerichten geschützt würden. Auf eine Dauer von weniger als drei Jahren kann der Richter, wie unter der Herrschaft des alten Dienstvertragsrechts, das Verbot einschränken, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass sogar eine Dauer von drei Jahren unangemessen ist. Dies ergibt sich auch daraus, dass Artikel 340a OR nach der Bestimmung von Artikel 362 OR relativ zwingend ist, also zuungunsten des Arbeitgebers geändert werden darf[160].

Wann liegen nun die «besonderen Umstände» vor, unter denen das Konkurrenzverbot drei Jahre überschreiten kann? In der Kommission des Nationalrates wurde als Beispiel ein qualifizierter und gut entlöhnter Chemiker genannt, der dank seiner Stellung Einblick in wichtige Fabrikationsvorgänge hat[161]. Wie bei allen Ermessensbegriffen im Bereich des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes wird der Richter auch bei der Entscheidung, ob diese «besonderen Umstände» vorliegen, die Interessen beider Parteien abzuwägen haben. Über drei Jahre darf nur gegangen werden, wenn ein *besonders gewichtiges* Interesse des Arbeitgebers

[156] Pidoux, S. 48.
[157] Hemmeler, S. 43; Pflüger, S. 40; Pidoux, S. 48.
[158] BGE *91* II 381, vgl. auch *61* II 90.
[159] BGE *91* II 381, vgl. auch *61* II 90.
[160] Vgl. auch die Bemerkung von BR von Moos, in Prot. Komm. NR, 5. Sitzung, S. 34.
[161] Prot. Komm. NR, 5. Sitzung, S. 36.

an der zeitlichen Ausdehnung besteht, dem keine schwerwiegende Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers gegenübersteht. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer Einblick in wichtige Fabrikationsverfahren hatte, deren Verwertung den Arbeitgeber auch nach Ablauf von drei Jahren noch erheblich schädigen würde, und wenn das Verbot anderseits örtlich und sachlich eng begrenzt ist oder angemessen begrenzt und mit einer Karenzentschädigung versehen ist, so dass das Fortkommen des Arbeitnehmers auch durch die lange Dauer des Verbots nicht zu sehr erschwert wird[162].

3. Sachliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots

Eine Grenze für die sachliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots ergibt sich aus dem Begriff der «konkurrenzierenden Tätigkeit» in Artikel 340 Absatz 1 OR. Denn konkurrenzierend ist nur eine Tätigkeit, die im Geschäftszweig des früheren Arbeitgebers liegt[163]. Hat der Arbeitnehmer nur in einen Teil dieses Geschäftszweiges Einblick, ist das Verbot auf diesen Teil zu beschränken, denn ausserhalb kann der Arbeitnehmer das Unternehmen nicht durch seinen Einblick schädigen (was nach Art. 340 Abs. 2 OR Gültigkeitsvoraussetzung für das Verbot ist)[164].

Grosse Rücksicht nehmen Lehre und Rechtsprechung auch auf den erlernten Beruf des Arbeitnehmers. Ist das Konkurrenzverbot sachlich so weit gefasst, dass es dem Arbeitnehmer die Ausübung seines erlernten Berufs weitgehend erschwert oder gar praktisch verunmöglicht, muss man den Umfang des Verbots als unangemessen betrachten, weil es das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers doch weitgehend beschränkt[165]. Daran wird auch eine hohe Karenzentschädigung des Arbeitgebers nichts ändern können.

Die Sperre einer ganzen Branche durch das Konkurrenzverbot ist an sich zulässig, ist jedoch nur bei enger zeitlicher und örtlicher Begrenzung des Verbots möglich[166]. Die Zahlung einer Karenzentschädigung wird hier wohl unerlässlich sein für den Bestand des Verbotes. Erschöpfen sich die Kenntnisse des Arbeitnehmers in Branchenkenntnissen (berufliche Erfahrung) oder bestehen sie weitgehend darin (z. B. stark spezialisierter Chemiker), ist das Verbot bei Ausschluss der Branchentätigkeit unangemessen, weil damit die wirtschaftliche Existenz und das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers gefährdet werden.

[162] Beweispflichtig für das Vorliegen der «besonderen Umstände» ist der Arbeitgeber (Art. 8 ZGB): Botschaft BR 1967, S. 160.

[163] Oser/Schönenberger, N. 4 zu Art. 357 OR; Pidoux, S. 49 f.; Pflüger, S. 43 f.; Hemmeler, S. 45.

[164] Herold, S. 116.

[165] Oser/Schönenberger, N. 4 zu Art. 356 OR; Pidoux, S. 50; Pflüger, S. 44 f.; BGE *19* 381, *23* 743, *25* II 877.

[166] Vgl. ZR 46, 1947, Nr. 154.

Ist das Konkurrenzverbot in seinem Umfang unangemessen, schränkt es der Richter nach Artikel 340a Absatz 2 ORauf das zulässige Mass ein. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist auf die Verhältnisse abzustellen, wie sie bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehen[167]. Es wird für den Arbeitgeber mitunter schwierig sein, ein Konkurrenzverbot so zu fassen, dass es im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Anforderungen des Gesetzes entspricht. Dabei können unkalkulierbare Ereignisse, wie eine Verschlechterung der Lage auf dem Arbeitsmarkt[168], eintreten, die Einfluss auf die Angemessenheit des Verbots haben. Es ist dem Arbeitgeber praktisch zu raten, das Konkurrenzverbot bei der Anstellung des Arbeitnehmers so weit zu fassen, dass es auch bei veränderten Verhältnissen noch wirksamen Schutz gewährt (so weit der Arbeitnehmer überhaupt darauf eingeht); denn zu einer Änderung des Verbotes wird der Arbeitnehmer kaum Hand bieten. Im Zeitpunkt des Austrittes des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dann sorgfältig zu prüfen, worauf er noch bestehen will und wie weit das Konkurrenzverbot im stipulierten Umfang «angemessen» ist. Sonst muss er befürchten, dass es richterlich eingeschränkt wird.

F. Richterliche Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbots

Nach Artikel 340a Absatz 2 OR kann der Richter «ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen».

Wie der Richter die Angemessenheit des Konkurrenzverbots zu bestimmen habe, wurde im letzten Abschnitt dargelegt. Auf der einen Seite darf das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht weiter gehen, als die berechtigten Interessen des Arbeitgebers erfordern, auf der anderen Seite darf das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschweren[169]. Dabei wird ausdrücklich bestimmt, der Richter habe eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen. Denn «es entspricht der Billigkeit, dass in den Fällen, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine besondere Entschädigung oder gar den Lohn während der Dauer des Konkurrenzverbots weiter ausrichtet, das Konkurrenzverbot in umfassenderer Weise – nach Ort, Zeit und Gegenstand – zulässig ist, als in den Fällen, in denen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede Leistung des Arbeitgebers aufhört und auch vorher keine entsprechende Gegenleistung erbracht worden

[167] BGE *72* II 419 f.
[168] Vgl. BGE *55* II 261, *61* II 95.
[169] BGE *96* II 143 E.3a und 3b.

ist»[170]. Praktisch bietet diese Bestimmung keine wesentliche Neuerung im Vergleich zum frühern Recht: es wurde im vorhergehenden Abschnitt gezeigt, dass die Praxis schon unter der Herrschaft des alten Dienstvertragsrechtes die Gegenleistung zu berücksichtigen pflegte.

Indessen ist in dogmatischer Beziehung durch das neue Arbeitsvertragsrecht eine Änderung eingetreten. Während Artikel 357 aOR bestimmte, das Verbot sei nur soweit verbindlich, als es angemessen begrenzt sei, und die richterliche Einschränkungsbefugnis nicht vorsah, erwähnt die neue Regelung den Begriff der Verbindlichkeit nicht, gibt dagegen dem Richter ausdrücklich die Befugnis, das Verbot auf den angemessenen Umfang zu beschränken. So hatte der Richter unter dem alten OR lediglich zu bestimmen, wie weit das Konkurrenzverbot verbindlich oder rechtswirksam sei, was er nicht durch Vertragsänderung, sondern durch Interpretation des Vertrags feststellte[171]. Theoretisch stellte der Richter die begrenzte Verbindlichkeit fest, praktisch schränkte er das Verbot ein[172]. Es handelte sich daher stets um deklarative oder Feststellungsurteile[173], denn der Richter stellte nur den rechtsverbindlichen Umfang des Verbots fest, wie er schon bisher bestanden hatte.

Die neue Regel des Artikels 340a OR bestimmt in Absatz 1, das Konkurrenzverbot sei angemessen zu beschränken, in Absatz 2 gibt sie dem Richter die Befugnis, ein übermässiges Verbot einzuschränken[174].

Artikel 340a Absatz 1 OR ist eine relativ zwingende Vorschrift. Deshalb ist jedes Konkurrenzverbot, das den angemessenen Umfang überschreitet, widerrechtlich und damit grundsätzlich nichtig (Art. 20 OR)[175]. Die Bestimmung des Artikels 340a OR ist jedoch nach anerkannter Lehre und Rechtsprechung eine Spezialnorm, die Artikel 20 OR derogiert. Der Richter muss deshalb ein Konkurrenzverbot, das den angemessenen Umfang überschreitet, nicht mehr vollumfänglich nichtig erklären, sondern er hat es lediglich nach Artikel 340a Absatz 2 OR auf das erlaubte Mass einzuschränken. Artikel 20 OR findet daher keine Anwendung auf übermässige Konkurrenzverbote[176]. M. E. ist damit nach dem neuen

[170] Botschaft BR 1967, S. 160.

[171] Oser/Schönenberger, N. 5 zu Art. 357 OR; Scherrer, S. 12 und 62 f.; Pidoux, S. 51; Kuttler, S. 14 f.; BGE *43* II 662, *51* II 301, *56* II 55, *96* II 142.

[172] Scherrer, S. 8.

[173] Scherrer, S. 110.

[174] Absatz 1 wendet sich an die Parteien, Absatz 2 ist eine Anweisung an den Richter: Botschaft BR 1967, S. 161.

[175] Hug, Revision, S. 213.

[176] BGE *43* II 662: «En effet outre la règle générale de l'art. 20 le CO revisé a édicté, en matière d'interdiction de concurrence stipulée dans un contrat de travail, une règle *spéciale* destinée à permettre au juge de maintenir l'interdiction tout en en restreignant la portée: il ne doit plus, d'après l'art. 357 (jetzt 340a, der Verf.), la déclarer nulle en entier parce qu'illimitée, mais il doit simplement y introduire les limitations nécessaires pour que son contenu n'excède plus les bornes fixées par la loi à la liberté de contractes.» Vgl. auch vorne S. 19 f. und dort angeführte Hinweise.

Arbeitsvertragsrecht das Konkurrenzverbot, auch wenn es übermässig ist, im vollen Umfang verbindlich, bis es durch den Richter eingeschränkt wird[177]. Der Vertrag bleibt an sich in seinem Bestand unangetastet, sein Umfang wird auf das rechtlich zulässige Mass reduziert, und zwar durch die gestaltende Kraft des Richterspruchs. Wie bei der Herabsetzung der übermässigen Konventionalstrafe nach Artikel 163 Absatz 3 ORübt der Verpflichtete auch hier ein Gestaltungsrecht aus; d.h. dass nach dem neuen Recht der Richter die Ermässigung nur noch auf Antrag des Verpflichteten vorzunehmen hat. Denn durch das übermässige Konkurrenzverbot werden nur die Interessen des Arbeitnehmers verletzt[178]; er soll es deshalb auch allein in der Hand haben, die Ermässigung zu beantragen[179].

Ist ein solches Begehren gestellt, *muss* der Richter das Verbot einschränken, wenn die materiellen Voraussetzungen dafür gegeben sind, obwohl der Artikel 340a OR als sog. Kannvorschrift ausgestaltet ist. Das «Können» ist hier nicht als Gegensatz zur «Pflicht», sondern als Gegensatz zur «Unmöglichkeit» zu verstehen[180]. Der Richterspruch bewirkt dann eine materielle Änderung der Rechtslage, es handelt sich mithin um ein Gestaltungsurteil[181]. Die Ermässigung hat rückwirkende Kraft, wirkt also ex tunc. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Instituts der richterlichen Ermässigung, die in der Korrektur einer nicht der Billigkeit entsprechenden Rechtslage besteht[182].

Sein Gestaltungsrecht kann der Arbeitnehmer durch eine Feststellungsklage geltend machen, indem er das Begehren um richterliche Feststellung des angemessenen Umfanges stellt, oder er kann, wenn er das Verbot verletzt hat, einer Leistungsklage des Arbeitgebers den Einwand entgegenhalten, das Verbot bestehe nicht im vereinbarten Umfang[183]. Der Richter bestimmt dann den angemessenen Umfang nach den Gesichtspunkten, die im letzten Abschnitt dargestellt wurden.

Das Bundesgericht hat schon bisher das Verbot in vernünftigem Umfang gelten lassen. Die Verbindlichkeit des einem Reitlehrer auferlegten Verbotes hat es von zehn auf drei Jahre festgesetzt, indem es annahm, bei längerer Dauer würde das

[177] A.M. die Botschaft BR 1967, S.160: es wird dort die Ansicht vertreten, das Verbot sei ungültig, soweit es die Grenzen des Gesetzes überschreite. M.E. mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren, denn nach Ansicht des Bundesrates hätte der Richter hier wiederum keine Einschränkungsbefugnis, er hätte wie unter dem alten OR nur festzustellen, wie weit das Verbot gültig sei.

[178] Botschaft BR 1967, S.161.

[179] SCHERRER S.32 (zu Art.163 Abs.3 OR); SCHWEINGRUBER, N.2 zu Art.357 OR. Für den Antrag genügt es, dass der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot im Prinzip bestreitet und Fakten geltend macht, die eine Ermässigung rechtfertigen: vgl. den Entscheid des Bundesgerichtes vom 5.2.1910, zit. bei SCHERRER, S.32; vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, S.411.

[180] SCHERRER, S.11; falsch der Entscheid des Zürcher Obergerichts in ZR 30, 1931, S.230, Nr.119, wo das Gericht ein Konkurrenzverbot mangels Angaben nicht einschränkte, sondern nichtig erklärte.

[181] Vgl. vorne S.60.

[182] SCHERRER, S.115.

[183] GUHL/MERZ/KUMMER, S.411; SCHERRER, S.63.

wirtschaftliche Fortkommen des Verpflichteten zu sehr erschwert[184]. In einem bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Entscheid hat das Gericht das einem Nahrungsmittelvertreter auferlegte Verbot, das für alle Länder vereinbart war, in denen ein vom Berechtigten beeinflusster Geschäftsbetrieb bestand, auf zwei Halbkantone beschränkt, in denen der Arbeitnehmer seine Reisetätigkeit ausgeübt hatte[185].

Auch in Fällen, in denen das Konkurrenzverbot in Bezug auf den zeitlichen, örtlichen oder sachlichen Umfang überhaupt keine Angaben enthält, hat das Bundesgericht den verbindlichen Umfang festgesetzt. Es hat das Verbot nicht wegen Formmangels als ungültig erklärt; dies mit der Begründung, auch formbedürftige Verträge seien nach Treu und Glauben auszulegen. Wer sich verpflichte, bestimmte Handlungen zu unterlassen, ohne zu sagen, wie lange (oder in welchem Gebiet), verpflichte sich, sie jederzeit (oder überall) zu unterlassen. Damit seien auch diese Merkmale des Konkurrenzverbots geregelt. Im konkreten Fall hat das Gericht eine Beschränkung des Verbots auf drei Jahre für angemessen gehalten[186].

Die richterliche Ermässigungsbefugnis liegt im Interesse beider Parteien. Im Interesse des Arbeitgebers liegt es, dass der Richter ein übermässiges Konkurrenzverbot nicht für gänzlich nichtig erklärt, sondern in beschränktem Umfang aufrechterhält, im Interesse des Arbeitnehmers, dass das Verbot nicht nur korrigiert wird, wenn es unsittlich ist, sondern schon dann, wenn es die Grenzen der Angemessenheit überschreitet. Die von Artikel 20 OR abweichende Bestimmung des Artikels 340a OR wird deshalb von Arbeitgeber und Arbeitnehmer begrüsst werden und eine gerechte Anwendung des Konkurrenzverbotes gewährleisten, wie es zum Schutz der geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers und zum Schutz des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers notwendig ist. Hier gibt das Gesetz dem Richter die Möglichkeit, Unbilligkeiten, die sich im einen oder anderen Fall ergeben können, auszugleichen.

G. Übertretung des Konkurrenzverbotes

1. Verhältnis zwischen Artikel 340b und Artikel 98 OR

Nach Artikel 340b Absatz 1 OR hat der Arbeitnehmer, der das Konkurrenzverbot übertritt, dem Arbeitgeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Weil das Konkurrenzverbot Teil eines Vertrages ist und die Verletzung des Verbots zugleich eine Nichterfüllung eines Vertrages darstellt, fänden an sich die all-

[184] BGE *61* II 90.
[185] BGE *91* II 372.
[186] BGE *96* II 139; vgl. auch *43* II 660; falsch der Entscheid in ZR 30, 1931, S.230, Nr.119; vorne Anm.180.

gemeinen Regeln über die Nichterfüllung von Verträgen Anwendung. Artikel 98 Absatz 2 OR bestimmt, dass der Schuldner, der verpflichtet sei, etwas zu unterlassen, bei Zuwiderhandlung den Schaden zu ersetzen habe. Absatz 3 der gleichen Bestimmung gibt dem Gläubiger überdies die Möglichkeit, die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes zu verlangen.

Die ältere Lehre und Rechtsprechung sah in Artikel 340 b OR (ehemals Art. 359 OR) eine Wiederholung von Artikel 98 OR[187], gab also wie Artikel 98 Absatz 3 OR neben dem Schadenersatz- auch den Beseitigungsanspruch. Heute ist allgemein anerkannt, dass Artikel 340 b Absatz 1 OR den generellen Beseitigungsanspruch von Artikel 98 Absatz 3 OR ausschliessen will[188]. Wie schon mehrmals gezeigt wurde, ist das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag geprägt vom Prinzip des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, des Arbeitnehmers. Deshalb wird die Vertragsfreiheit erheblich beschränkt, und es werden zwingende Gesetzesvorschriften geschaffen. Zwingend ist auch Artikel 340 b OR, der die Folgen der Übertretung des Verbots regelt (Art. 361 OR). Der Schutz des Verpflichteten wird gegenüber den allgemeinen Regeln über die Folgen der Nichterfüllung verstärkt. Während nach Artikel 98 Absatz 3 OR der Gläubiger in jedem Fall einen Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung hat, stellt Artikel 340 b Absatz 3 OR an die Realerfüllung strenge Anforderungen. Sie ist nur möglich, wenn «die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen.» Dieser Absatz 3 gilt zwar nach seinem Wortlaut nur im Fall verabredeter Konventionalstrafe. Die erwähnten Voraussetzungen für die Realexekution müssen jedoch sinngemäss auch in den Fällen gelten, in denen keine Konventionalstrafe verabredet wurde (falls in diesen Fällen die Realerfüllung überhaupt zulässig ist, vgl. hinten 2 e). Diese Lösung entspricht auch der Tendenz der Artikel 340–340 c OR, die Folgen eines vom Arbeitnehmer eingegangenen Konkurrenzverbots für diesen möglichst zu mildern[189]. So führte das Berner Appellationsgericht zutreffend aus: «Zusammenfassend lassen der Wortlaut des Artikels, die Entstehungsgeschichte sowie die allgemeine Tendenz des Gesetzes erkennen, dass die Realexekution eines Konkurrenzverbotes gegenüber einem Dienstpflichtigen auf Ausnahmefälle beschränkt werden soll. Wenn überhaupt beim einfachen Konkurrenzverbot eine reale Durchsetzung in Frage kommt, was in der Literatur kontrovers bleibt, so si-

[187] Becker, N. 3 zu Art. 359 OR; Verrey, S. 60; ZR 13, 1914, Nr. 27; ZR 19, 1920, Nr. 43.

[188] Oser/Schönenberger, N. 2 zu Art. 359 OR; Hemmeler, S. 48 ff.; Pidoux, S. 62 f.; Herold, S. 123; Kuttler, S. 33 f.; Pflüger, S. 54 f.; Schoch, S. 78; ZR 39, 1940, S. 43, Nr. 19 g; SJZ 20, S. 148; SJZ 29, S. 298; Entscheid des Basler Appellationsgerichtes vom 11. 9. 1962, Gesetz und Recht 15, 1963, S. 14, N. 3.

[189] Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts vom 1. 7. 1921, SJZ 20, S. 148; im übrigen geht dies auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 359 aOR hervor: vgl. den Antrag Gottofrey in Prot. der Expertenkommission vom 8. 3. 1909, S. 6; Botschaft BR 1909, S. 27.

cher nur unter den einschränkenden Bedingungen des Absatzes 3 von Artikel 359» (jetzt 340b, der Verf.)[190].

2. Konkurrenzverbot ohne Konventionalstrafabrede

Die Übertretung eines Konkurrenzverbotes ohne Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist in Artikel 340b Absatz 1 OR geregelt. Danach hat der Arbeitnehmer, der das Verbot übertritt, dem Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen. Voraussetzungen für den Schadenersatz sind eine Verletzung des Konkurrenzverbots, ein Schaden des Arbeitgebers und der Kausalzusammenhang zwischen Verstoss und Schaden.

a) *Die Übertretung des Konkurrenzverbots:* Ob das Konkurrenzverbot übertreten sei, ist im Einzelfall nach der konkreten Vereinbarung der Parteien zu entscheiden. Der Vertrag kann nach Artikel 340 Absatz 2 OR jede konkurrenzierende Tätigkeit verbieten, er kann selbstverständlich auch enger gefasst sein. Der Arbeitnehmer hat das Verbot verletzt, sobald er eine durch den Vertrag verbotene Tätigkeit ausübt[191]. Den Arbeitgeber trifft hiefür die Beweispflicht (Art. 8 ZGB)[192].

Ein *Verschulden* des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber nach der allgemeinen Regel des Artikels 97 OR nicht nachzuweisen; denn bei der Nichterfüllung eines Vertrags wird das Verschulden des Verpflichteten präsumiert[193]. Nach derselben Bestimmung hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. Dieser Exkulpationsbeweis wird ihm jedoch wegen des objektivierten Verschuldensbegriffs des Privatrechts in der Praxis kaum je gelingen[194].

b) *Der Schaden:* Neben der Verletzung des Konkurrenzverbots hat der Arbeitgeber, der Ersatz verlangt, auch den Schaden nachzuweisen, der ihm durch die Verletzung des Verbots entstanden ist. Denn «wer Schadenersatz verlangt, hat den Schaden zu beweisen» (Art. 42 OR)[195]. Dazu gehört grundsätzlich auch der Nachweis über die Höhe des Schadens[196]. Wenn der Schaden ziffernmässig nicht genau nachweisbar ist, schätzt ihn der Richter nach seinem Ermessen «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten

[190] Entscheid vom 6.5.1959, Gesetz und Recht 11, 1959, S.30, N.6; ARV 7, 1959, S.99, Nr.54; ZBJV 96, 1960, S.155; vgl. auch S. 67 f.

[191] Vgl. die Ausführungen über die Konkurrenztätigkeit, vorne S. 49 ff.

[192] Lang, N.1 zu Art.359 OR.

[193] Pidoux, S.66; Pflüger, S.56; Oser/Schönenberger N.15 zu Art.97 OR.

[194] Becker, N.5 zu Art.359 OR, erwähnt das Beispiel, dass der Arbeitnehmer ein Konkurrenzgeschäft ohne sein Zutun erbt. Er müsste es dann bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit veräussern. Pidoux, S.66, erwähnt als Beispiel, dass dem Arbeitnehmer in einem staatlich gelenkten Wirtschaftssystem befohlen würde, in einem Konkurrenzgeschäft zu arbeiten. Diese Beispiele sind jedoch theoretisch und werden in der Praxis kaum je vorkommen.

[195] Guhl/Merz/Kummer, S.85.

[196] Guhl/Merz/Kummer, a.a.O.

getroffenen Massnahmen» (Art. 42 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht hält den Schaden für nachgewiesen, «wenn die Akten genügende Anhaltspunkte bieten, die geeignet sind, auf seinen Eintritt schliessen zu lassen und dieser Schluss sich mit einer gewissen Überzeugungsgewalt aufdrängt»[197].

Der Schaden ist die Differenz zwischen dem im massgebenden Zeitpunkt wirklich vorhandenen Vermögen des Arbeitgebers und dem rechnungsmässig zu ermittelnden Betrag, den sein Vermögen aufweisen würde, wenn der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot nicht verletzt hätte[198]; er umfasst also das Erfüllungs- oder positive Vertragsinteresse[199]. Dieser Schaden setzt sich zusammen aus dem wirklich erlittenen Verlust (damnum emergens)[200] und aus dem entgangenen Gewinn (lucrum cessans)[201]. Entgangen ist nur der Gewinn, der vom Arbeitgeber mit Wahrscheinlichkeit und in erlaubter Weise ohne die Verletzung des Konkurrenzverbotes erzielt worden wäre[202]. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seinem früheren Arbeitgeber einen sicheren Auftrag entzieht und ihn einem Konkurrenten zuhält[203].

Nach Artikel 340 Absatz 2 OR ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch die Verwendung seines Einblicks in Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erheblich schädigen könnte. Es wurde deshalb die Auffassung vertreten, dass nach Artikel 340 b Absatz 1 OR nur der Schaden zu ersetzen sei, der dem Arbeitgeber durch die Verwendung dieses Einblicks entstanden sei. Diese Auffassung hat das Bundesgericht mit Recht als unhaltbar bezeichnet[204]. Es begründet seinen Entscheid damit, dass die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers durch die Verwendung des Einblicks eine Gültigkeitsvoraussetzung ab initio für das Entstehen des Konkurrenzverbotes sei, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber jedem untergeordneten Arbeitnehmer ein Konkurrenzverbot auferlege, der ihn in Wirklichkeit durch die Verwendung seines Einblicks gar nicht schädigen könne. Artikel 340 b OR regelt dagegen die Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbots,

[197] BGE *40* II 351, *61* II 381, *74* II 76.

[198] Vgl. BGE *76* II 297; Pflüger, S. 55.

[199] Guhl/Merz/Kummer, S. 88; Becker, N. 6 zu Art. 359 OR; Pflüger, S. 55 f.; Hemmeler, S. 51; ZBJV 83, 1947, S. 523. Falsch ist die Ansicht von Pidoux, S. 64 f., der Schaden könne hier auch gleich dem negativen Interesse sein. Dieser sog. Vertrauensschaden umfasst nur die Kosten des Vertragsschlusses und die Kosten für die Vorbereitung der Erfüllung (Guhl/Merz/Kummer, S. 89); die Kosten, die der Arbeitgeber für die Vorbereitung eines Projekts hatte, das er nun wegen der Verletzung des Konkurrenzverbotes nicht lancieren kann, fallen entgegen der Meinung von Pidoux nicht unter diesen Vertrauensschaden. Dagegen kann sie der Arbeitgeber beim Erfüllungsinteresse geltend machen.

[200] Z. B. eine Verminderung des immateriellen Vermögens des Geschäfts bei Schädigung des Kundenkreises, der «goodwill» des Geschäftes leidet. Becker, N. 6 zu Art. 359 OR; von Büren, N. 22 zu Ansprüche.

[201] Guhl/Merz/Kummer, S. 86.

[202] Guhl/Merz/Kummer, a. a. O.

[203] Entscheid des Zürcher Gewerbegerichts vom 11. 5. 1939, ZR 39, 1940, S. 43, Nr. 19 g.

[204] BGE *72* II 80.

und nichts deutet darauf hin, dass auch hier der Begriff des Schadens in gleicher Weise restriktiv auszulegen wäre. Zudem würde die gegenteilige Ansicht die Anwendung des Artikels 340b OR sehr erschweren, denn der Richter hätte dann stets zu unterscheiden, ob der Schaden aus dem Einsatz der persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers oder aus der Verwendung des Einblicks resultiere. Es wäre praktisch unmöglich, diese subjektiven Elemente zu bestimmen. Und zum Schluss: «On ne saurait encore interpréter restrictivement des dispositions restrictives en elles-mêmes sans empêcher l'employeur de s'assurer par des sanctions équitables le respect des engagements pris par son employé[205]». Deshalb ist stets der ganze Schaden zu ersetzen, der dem Arbeitgeber durch die Verletzung des Konkurrenzverbotes entsteht[206].

Massgebend für die Berechnung des Schadens ist der in der kantonalen ZPO festgelegte letzte Zeitpunkt, in dem «prozessual zulässig noch neue Tatsachen vorgebracht oder berücksichtigt werden können»[207].

c) *Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung des Konkurrenzverbots und dem Schadenseintritt:* Eine weitere Bedingung für die Entstehung des Schadenersatzanspruches ist, dass die Übertretung des Konkurrenzverbots durch den Arbeitnehmer adäquate Ursache für den Eintritt des Schadens ist. Adäquat ist eine Ursache, wenn sie generell geeignet ist, Wirkungen der eingetretenen Art hervorzurufen[208]. Die Verletzung des Konkurrenzverbotes ist in der Regel geeignet, dem Arbeitgeber Schaden zuzufügen. Entstände dem Arbeitgeber durch eine geringfügige Übertretung ein gewaltiger Schaden, so kann der Richter diesem Missverhältnis bei der Festsetzung des Ersatzes (durch Herabsetzung) Rechnung tragen (analoge Anwendung von Art. 43 und 44 OR)[209].

d) *Der Ersatz des Schadens:* Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich den ganzen Schaden zu ersetzen. Das Gesetz sieht indes Gründe für eine Herabsetzung des Schadenersatzes vor, zu denen hauptsächlich ein nur geringes Verschulden des Arbeitnehmers (Art. 43 Abs. 1 OR)[210], das Mitverschulden des Arbeitgebers (Art. 44 Abs 1 OR), der mitwirkende Zufall (die «Umstände» des Art. 43 Abs. 1 OR, z. B. ungewöhnlich hoher Schaden als Folge einer geringfügigen Verletzung) oder auch das ungewöhnlich hohe Einkommen des Arbeitgebers gehören[211].

[205] BGE *72* II 80; gl. M. Schwartz, S. 39; Kuttler, S. 35; Pidoux, S. 65.

[206] So auch Botschaft BR 1967, S. 161.

[207] Guhl/Merz/Kummer, S. 90; im Berufungsverfahren vor dem Bundesgericht können keine neuen Tatsachen mehr vorgebracht werden (Art. 55 lit. c und 63 Abs. 2 OG).

[208] BGE *83* II 411, *87* II 127, *89* II 250.

[209] BGE *80* II 348.

[210] Nach einem Entscheid des Zürcher Gewerbegerichts vom 11.5.1939 ist allerdings in der Verletzung des Konkurrenzverbots eine absichtliche Schädigung zu sehen, so dass eine Herabsetzung aus diesem Grund kaum in Frage käme: ZR 39, 1940, S. 43, Nr. 19g.

[211] Was zwar nur in Art. 62 Abs. 2 SVG und Art. 4 EHG vorgesehen ist, nach Art. 43/44 OR aber verallgemeinert werden darf: Guhl/Merz/Kummer, S. 96.

e) Die Realexekution: Artikel 340b Absatz 3 OR lautet: «Ist es besonders schriftlich verabredet, so kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen.» Da in diesem Absatz 3 bestimmt ist, der Arbeitgeber könne «neben der Konventionalstrafe» (und dem Ersatz «weiteren» Schadens) die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, kann man sich fragen, ob die Realexekution nur möglich sei, wenn der Vertrag eine Konventionalstrafe vorsehe. Wäre es so, hätte der Arbeitgeber in Fällen, in denen keine Konventionalstrafe vereinbart wurde, nur die Möglichkeit, vom Arbeitnehmer wegen der Verbotsübertretung Schadenersatz zu verlangen. Dieser Schadenersatz nützt ihm jedoch nichts, wenn der Arbeitnehmer zahlungsunfähig ist. Gerade dann, wenn es an der Verabredung einer Konventionalstrafe fehlt, hat der Arbeitgeber ein besonders grosses Interesse daran, dass er die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes, d.h. die Realexekution verlangen kann. In diesen Fällen ist er nicht schon durch ein anderes Mittel, nämlich die Konventionalstrafe gesichert, bedarf also besonders des Schutzes. Eine Gesetzesauslegung, welche die Realexekution bei fehlender Vereinbarung einer Konventionalstrafe ausschliessen würde, entspräche nicht dem Sinn des Gesetzes und würde «hart an die Grenze der Unbilligkeit» führen[212].

In diesem Sinn nehmen die herrschende Lehre und Rechtsprechung an, dass der Arbeitgeber beim Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 340b Absatz 3 OR auch dann neben dem Schadenersatz die Realerfüllung verlangen könne, wenn keine Konventionalstrafe vereinbart wurde[213]. Voraussetzung ist natürlich immer, dass dies schriftlich vereinbart wurde und «die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen»[214].

Zu dieser Lösung kann man in extensiver Auslegung des Artikels 340b Absatz 3 OR gelangen, indem man annimmt, das Gesetz wolle, richtig verstanden, dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, neben der Konventionalstrafe nicht nur den

[212] Hemmeler, S. 50.

[213] Oser/Schönenberger, N. 3 zu Art. 359 OR; Kuttler, S. 34; Hemmeler, S. 50; Pidoux, S. 63 f.; Schweingruber, N. 3 zu Art. 359 OR; Berner Appellationshof in Gesetz und Recht 11, 1959, S. 30, in ARV 7, 1959, S. 99, Nr. 54 und in ZBJV 96, 1960, S. 155; Zürcher Obergericht in ZR 24, 1925, S. 161, Nr. 75. Nicht mehr haltbar ist allerdings die Begründung des Zürcher Obergerichts in ZR 34, 1935, S. 225, Nr. 106, wo das Gericht schliesst, Art. 359 OR sei eine dispositive Vorschrift, deshalb könne Realexekution durch die Parteien in jedem Fall vereinbart werden. Denn der neue Artikel 340b OR ist zwingenden Rechts (vgl. Art. 361 OR). Schoch, S. 79, lässt die Realexekution nur neben der Konventionalstrafe zu und kann seine Ansicht vor allem mit den Materialien zum alten OR stützen (vgl. Sten. Bull. NR 1909, S. 671 ff., 1910, S. 352). Gl. M. früher auch das Zürcher Kassationsgericht, Entscheid vom 1.7.1921, SJZ 20, S. 148.

[214] Näheres über die Realexekution hinten S. 74 ff.

Ersatz weiteren Schadens, sondern auch die Realexekution zu verlangen, während dies neben Absatz 1 selbstverständlich sei und deshalb gar nicht erwähnt werde. Man kann indessen auch, wie dies OSER/SCHÖNENBERGER vorschlagen[215], den Absatz 3 des Artikels 340b OR per analogiam auf Absatz 1 ausdehnen.

Die Materialien des neuen Arbeitsvertragsrechts sprechen dafür, dass die Realexekution auch beim Fehlen einer Konventionalstrafabrede zulässig sein solle. Artikel 359 Absatz 3 des Vorentwurfes des BIGA lautete: «Ausserdem kann der Arbeitgeber, wenn dies in der schriftlichen Abrede ausdrücklich vereinbart wurde, die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die Bedeutung der verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen.» Dieser Wortlaut wäre klar und eindeutig gewesen und hätte sich auf die Absätze 1 und 2 bezogen (Konkurrenzverbot mit oder ohne Konventionalstrafe). Die kleine Expertenkommission liess leider diese Fassung ohne Angabe von Gründen fallen[216]. Ob man durch diese Änderung vom Sinn des Absatzes 3 des BIGA-Entwurfs abgehen wollte, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien nicht. Aus der Botschaft des Bundesrates und dem Bericht des EJPD ist eher zu schliessen, dass eine extensive Auslegung des Artikels 340b Absatz 3 OR richtig ist, indem in beiden Berichten davon die Rede ist, dass unter den besonderen Voraussetzungen des Absatzes 3 *neben Konventionalstrafe und Schadenersatz* die Erfüllung verlangt werden könne[217]. Dies bedeutet m. E., dass neben dem Schadenersatz des Absatzes 1 und neben der Konventionalstrafe des Absatzes 2 des Artikels 340b OR die Realexekution zulässig ist. Wenn die beiden Berichte der Ansicht wären, die Realerfüllung sei nur neben Absatz 2 zulässig, hätten sie nicht diese Formulierung gebraucht, sondern diejenige des Artikels 340b Absatz 3 OR: «neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens».

Möglicherweise ist die kleine Expertenkommission von der Fassung des BIGA abgegangen, weil sie an den Fall dachte, wo sich der Arbeitnehmer durch Leistung der Konventionalstrafe vom Verbot befreit hat (Art. 340b Abs. 2 OR). Hier bleibt dieser zwar für den weiteren Schaden ersatzpflichtig; durch die neue Fassung wollte die kleine Expertenkommission vielleicht ausdrücken, dass in diesem Fall die Realerfüllung nicht möglich sei, sondern nur bei Vorliegen der strengen, einschränkenden Bedingungen des Absatzes 3 von Artikel 340b OR.

Jedenfalls ist mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung anzunehmen, dass die in Artikel 340b Absatz 3 OR vorgesehene Realexekution auch in den Fällen möglich ist, in denen die Vertragsparteien keine Konventionalstrafe verabredet haben.

[215] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 359 OR.
[216] Protokoll der kleinen Expertenkommission, 2. Sitzung, 28./29.6.1962, S. 19.
[217] Botschaft BR 1967, S. 161; Bericht EJPD 1964, S. 69.

3. Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafabrede

Die Folgen der Verletzung eines Konkurrenzverbots mit Vereinbarung einer Konventionalstrafe sind in Absatz 2 des Artikels 340 b OR geregelt. Danach kann sich der Arbeitnehmer, *wenn nichts anderes verabredet wurde,* durch Leistung der Konventionalstrafe vom Verbot befreien; er bleibt jedoch für den weiteren Schaden ersatzpflichtig. Die Voraussetzungen der Realexekution sind in Absatz 3 der gleichen Bestimmung geregelt.

a) *Die Konventionalstrafe:* Weil der Schaden bei Verletzung des Konkurrenzverbotes für den Arbeitgeber oft schwierig nachzuweisen ist oder überhaupt kein materieller Schaden nachgewiesen werden kann, wird sich der Arbeitgeber, dem viel an der Einhaltung des Konkurrenzverbots gelegen ist, in der Regel durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe einen wirksamen Schutz sichern. Die Strafe dient «der Verstärkung und damit der Sicherung» der Verpflichtung des Arbeitnehmers[218]. Der Arbeitgeber kann damit einen indirekten Zwang auf den Arbeitnehmer ausüben, damit sich dieser jeder Konkurrenz enthält. Eine Konventionalstrafe ist immer akzessorisch zum Hauptvertrag, kann demnach nur gefordert werden, wenn das Konkurrenzverbot gültig ist[219].

Die Abrede einer Konventionalstrafe ist eine Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer für den Fall einer Verletzung des Konkurrenzverbotes dem Arbeitgeber eine bestimmte Leistung, regelmässig eine Geldsumme, zu erbringen hat[220]. Sie wirkt als psychologisches Zwangsmittel auf den Arbeitnehmer und wird deshalb oft als «Privatstrafe» bezeichnet[221]. Auf der anderen Seite kann die Konventionalstrafe auch Mittel zur sog. «Vorausfixierung» des Schadenersatzes sein. Der Arbeitgeber kann in der Regel zum voraus wenigstens abschätzen, wie gross sein Schaden allenfalls bei einer Verletzung des Konkurrenzverbotes sein könnte; dabei kann er materielle und ideelle Interessen berücksichtigen, auch wenn er dafür keinen Schadenersatz verlangen könnte. Beweisschwierigkeiten wird der Arbeitgeber nicht mehr haben, denn er muss weder die Höhe des Schadens noch überhaupt die Tatsache, dass er einen Schaden erlitten hat, beweisen (Art. 161 Abs. 1 OR). Die Konventionalstrafe ist verfallen, sobald der Arbeitnehmer das Verbot übertritt[222], auch wenn dem Arbeitgeber daraus kein Schaden erwachsen ist (Art. 161 Abs. 1 OR).

Nach der Regelung der Artikel 160 ff. OR ist die Konventionalstrafe im Zweifel alternativ, d. h. der Gläubiger kann wahlweise Konventionalstrafe und Ersatz des weiteren Schadens oder die Erfüllung der Vertragspflicht verlangen (Art. 160 Abs. 1 OR). Zum Schutze des Arbeitnehmers weicht Artikel 340 b Absatz 2 OR

[218] Scherrer, S. 19; Guhl/Merz/Kummer, S. 485.
[219] Scherrer, S. 18; Guhl/Merz/Kummer, S. 486.
[220] Vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 486; Scherrer, S. 17; Pflüger, S. 57 f.; Pidoux, S. 66.
[221] Scherrer, S. 20; Pflüger, S. 59.
[222] Pflüger, S. 58

von der allgemeinen Regel ab und erklärt die Konventionalstrafe mangels anderer Abrede als exklusiv, d.h. der Arbeitnehmer kann sich durch Bezahlung der Strafe von der Einhaltung des Konkurrenzverbotes einseitig befreien (vgl. Art. 160 Abs. 3 OR)[223]. Dabei muss der Arbeitnehmer nicht wie bei der Regelung des Artikels 160 Absatz 3 OR den Rücktritt ausdrücklich erklären; ist im Vertrag über die Konventionalstrafe nichts anderes verabredet (Art. 340b Abs. 2 OR), so gilt ohne weiteres die Vermutung, dass sich der Arbeitnehmer mit der Bezahlung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot befreit. Es ist selbstverständlich, dass der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer, der sich gemäss Artikel 340b Absatz 2 OR vom Konkurrenzverbot befreit hat, nur noch Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens hat (Art. 340b Abs. 2 OR); ein Beseitigungsanspruch steht ihm nur unter den besonderen Voraussetzungen des Absatzes 3 des Artikels 340b OR zu. Ist die Konventionalstrafe kumulativ (Art. 340b Abs. 3 OR), so kann der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer, der Konventionalstrafe und weiteren Schaden bezahlt hat und das Konkurrenzverbot weiterhin übertritt, nur noch die Realerfüllung durchsetzen, wenn die Voraussetzungen von Absatz 3 vorliegen; weitere Ansprüche (etwa die nochmalige Bezahlung der Konventionalstrafe) stehen ihm nicht zu. Eine «kumulative Konventionalstrafe» hat nicht den Sinn, dass die bereits bezahlte Konventionalstrafe bei neuer Übertretung des Verbotes nochmals bezahlt werden muss, sondern dass der Arbeitgeber neben dem Anspruch auf die Konventionalstrafe (und Ersatz des weiteren Schadens) noch den Anspruch auf Erfüllung des Vertrags hat (vgl. Art. 340b Abs. 3 und analog Art. 160 Abs. 1 OR).

Die neue Regelung des Artikels 340b Absatz 2 OR bedeutet eine wesentliche Erleichterung der Stellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Schuldner in anderen Verträgen (Art. 160 OR)[223], auch wenn man berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer neben der Konventionalstrafe noch für den Schaden aufzukommen hat, der durch die Konventionalstrafe nicht gedeckt ist[224].

Ist die Konventionalstrafe ausnahmsweise kumulativ, so kann der Arbeitgeber Strafe (nebst allfälligem weiteren Schaden) und Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen. Weil dies eine schwere Belastung des Arbeitnehmers darstellt, ist die Kumulation von Konventionalstrafe und Realexekution an besonders strenge Voraussetzungen geknüpft. Artikel 340b Absatz 3 OR verlangt eine besondere schriftliche Abrede, eine starke Bedrohung oder Verletzung der Interessen des Arbeitgebers und ein besonders verwerfliches Verhalten des Arbeitnehmers. Nur unter diesen einschränkenden Voraussetzungen kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe (und dem Ersatz des weiteren Schadens) auch die Realerfüllung verlangen[225].

[223] Guhl/Merz/Kummer, S. 486; Pidoux, S. 67.
[224] Vgl. Art. 340b Abs. 2 OR; BGE *92* II 38 E. 5b.
[225] ARV 7, 1959, Nr. 54; näheres über die Realexekution hinten 4.

b) *Höhe der Konventionalstrafe und richterliche Herabsetzung:* Grundsätzlich können die Vertragsparteien die Höhe der Konventionalstrafe frei bestimmen (Art. 163 Abs. 1 OR). Für den Arbeitnehmer, die schwächere Vertragspartei, besteht deshalb die Gefahr, dass eine hohe Konventionalstrafe vereinbart wird, die in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Interessen der Parteien steht und für ihn eine schwere Belastung darstellen kann. Gerade im Rahmen eines Konkurrenzverbotes sollte der Richter nicht nur den Umfang des Verbots beschränken, sondern auch insgesamt die Regelung der Parteien auf deren berechtigte Interessen zurückführen können. Es scheint zweifelhaft, ob der Richter die Konventionalstrafe unter dem neuen Arbeitsvertragsrecht direkt in Anwendung von Artikel 340a Absatz 2 OR, der ihm die Möglichkeit der Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbotes gibt, herabsetzen kann. Diese Bestimmung bezieht sich m. E. eher auf die Einschränkung des Konkurrenzverbots nach Ort, Zeit und Gegenstand als auf die Herabsetzung der Konventionalstrafe, die an sich mit dem Umfang des Verbotes nichts zu tun hat. Auch unter dem neuen Arbeitsvertragsrecht wird man deshalb die allgemeinen Vorschriften über die Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) auf die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag anwenden, weil die Bestimmungen über das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) keine spezielle Regel enthalten[226]. So wurde denn auch Artikel 163 Absatz 3 OR im Rahmen des Konkurrenzverbotes oft angewendet. Diese Bestimmung erlaubt es dem Richter, *übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen.*

Formelle Voraussetzung der richterlichen Ermässigung ist ein dahingehender Antrag des Verpflichteten[227]. Es genügt nach der Ansicht des Bundesgerichts, dass dieser die Strafe grundsätzlich anficht und Gründe geltend macht, die eine Herabsetzung rechtfertigen[228]. Materielle Voraussetzung der Herabsetzung ist das «Übermass» der Strafe.

Auch nach Bezahlung der Konventionalstrafe kann der Arbeitnehmer noch deren Herabsetzung verlangen, wenn er von dieser Möglichkeit vorher keine Kenntnis hatte oder Gründe, die sie rechtfertigen, ihm erst dann zur Kenntnis gelangt sind (Anwendung des Artikels 63 Absatz 1 OR); bei Kenntnis dieser Faktoren muss dagegen Verzicht auf die Herabsetzung angenommen werden[229].

Wann eine Konventionalstrafe als «übermässig» zu gelten hat, lässt sich oft

[226] Oser/Schönenberger, N. 7 zu Art. 359 OR; Schweingruber, N. 2d zu Art. 359 OR; Kuttler, S. 36.

[227] BGE *37* II 191; Scherrer, S. 30 f.; nicht unbestritten, vgl. Literatur und Rechtsprechung bei Scherrer.

[228] Urteil des Bundesgerichts, zit. bei Scherrer, S. 32, Anm. 31; so auch die neueste Rechtsprechung, vgl. BGE *95* II 539 E. 5: «Übrigens wäre es Sache des Beklagten gewesen, die Umstände zu behaupten und zu beweisen, welche die von ihr beantragte Herabsetzung zu rechtfertigen vermöchten.» Dies spricht für die Notwendigkeit eines Antrags.

[229] Scherrer, S. 24 f.; Oser/Schönenberger, N. 17 zu Art. 163 OR; wohl auch BGE *88* II 512; a. M. von Tuhr/Siegwart, OR II, S. 729 f., und Becker, N. 22 zu Art. 163 OR.

schwer entscheiden. Das Bundesgericht übt bei der Herabsetzung von Konventionalstrafen mit Recht stets Zurückhaltung; denn mit der Ermässigung ist immer ein Einbruch in den Grundsatz der Vertragstreue verbunden. Eine Herabsetzung ist deshalb «nur vorzunehmen, wenn der vertraglich vorgesehene Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt»[230]. Ob dies der Fall sei, entscheidet der Richter nach dem Verhältnis der Strafe einerseits zum Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Konkurrenzverbots, anderseits zu der Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers und der wirtschaftlichen Lage der Parteien[231]. Ebenso nimmt das Bundesgericht eine Herabsetzung vor, wenn infolge besonderer Umstände, die jedoch im Zeitpunkt des Verfalls der Strafe (d. h. im Zeitpunkt der Verletzung des Konkurrenzverbots) vorliegen müssen, «die Verletzung zur Höhe der Strafe in keinem vernünftigen Verhältnis steht»[232]. So zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot erst kurz vor Ablauf der Karenzfrist verletzt[233]. Umstände, die erst nach der Verletzung des Konkurrenzverbotes eintreten, können dagegen nicht mehr berücksichtigt werden, denn mit der Verletzung ist die Strafe verfallen und später eingetretene Umstände können weder an ihrem Bestand noch an ihrer Fälligkeit etwas ändern[234]. Massgebend für die Bemessung der beidseitigen Interessen ist also der Zeitpunkt der Verwirkung[235].

Aus demselben Grund kann man auch den Schaden des Arbeitgebers, der ja meist erst längere Zeit nach der Verletzung des Verbotes eintritt, für die Herabsetzung der Konventionalstrafe nicht berücksichtigen. Es entspricht gerade dem Wesen der Konventionalstrafe, dass sie ohne Schaden des Berechtigten gefordert werden kann (Art. 161 Abs. 1 OR), und es ist ihr Zweck, dem Arbeitgeber einen Nachweis des Schadens zu ersparen[236]. Zu berücksichtigen ist lediglich die Möglichkeit der Schädigung des Arbeitgebers, die schon Voraussetzung zur Entste-

[230] BGE *95* II 540; so auch *41* II 138 E. 2, *82* II 146, *91* II 383.
[231] BGE *41* II 138, *51* II 170, *63* II 249, *82* II 146, *91* II 383.
[232] BGE *95* II 540.
[233] Vgl. Kuttler, S. 37.
[234] BGE *95* II 539.
[235] Scherrer, S. 30.
[236] BGE *95* II 539; anders BGE *52* II 226, wo das Bundesgericht entschied, die Konventionalstrafe, die in keinem vernünftigen Verhältnis zum Schaden des Arbeitgebers stehe, sei herabzusetzen. Unrichtig auch Pidoux, S. 69, der, mit Berufung auf Art. 340 Abs. 2 OR (Möglichkeit der erheblichen Schädigung des Arbeitgebers), behauptet, ohne Schaden könne der Arbeitgeber die Konventionalstrafe gar nicht einklagen. Dabei verwechselt Pidoux die Voraussetzungen der Entstehung des Konkurrenzverbotes mit den Folgen der Übertretung. Auch Hemmeler, S. 55, nimmt an, für die Herabsetzung der Konventionalstrafe komme es auf deren Verhältnis zum Schaden des Arbeitgebers an. So auch Scherrer, S. 28: «Massgebend für die Beurteilung des Schadenersatzes und damit auch eines eventuellen Übermasses der Konventionalstrafe ist nicht der mögliche, sondern der wirkliche Schaden.» Auf Seite 30 sagt dann derselbe Autor, massgebender Zeitpunkt sei der Zeitpunkt der Verwirkung. In diesem Zeitpunkt wird aber regelmässig noch kein oder nur ein unbedeutender Schaden vorliegen, während sich die eigentliche Konkurrenz erst viel später auswirkt. Umstände, die erst nach der Verwirkung eintreten, können jedoch nicht mehr berücksichtigt werden (BGE *95* II

hung des Konkurrenzverbotes ist (Art. 340 Abs. 2 OR), und das Interesse des Arbeitgebers aus einer möglichen Schädigung. Nur dieser «mögliche Schaden» kann im Zeitpunkt der Verwirkung der Konventionalstrafe geschätzt und bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden, während der effektive Schaden weder vorauszusehen ist noch im Zeitpunkt der Verletzung des Verbots schon vorliegt.

Für die Herabsetzung der Konventionalstrafe sind demzufolge nur das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, die Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers bei der Verletzung des Verbots und die finanzielle Lage der Parteien zu berücksichtigen[237]. So wird der Richter die Konventionalstrafe vor allem dann herabsetzen, wenn sie in einem offenbaren Missverhältnis zum Lohn des Arbeitnehmers steht[238], wenn die Konkurrenz nur kurze Zeit dauert oder erst kurz vor Ablauf der Karenzfrist beginnt[239], wenn das Verschulden des Arbeitnehmers geringfügig ist[240] oder wenn die Konkurrenz dem Arbeitgeber nicht sehr gefährlich werden kann[241].

In der neueren Praxis des Bundesgerichts wurde eine Konventionalstrafe von 2000 Franken für einen Handelsreisenden geschützt[242]; eine Konventionalstrafe im Betrag eines Jahresgehalts (im konkreten Fall 10 588 Franken) wurde auf 5000 Franken herabgesetzt, weil der Verpflichtete in bescheidenen Verhältnissen lebte, verheiratet und Vater zweier Kinder war. Die ursprünglich festgesetzte Konventionalstrafe stand daher in einem Missverhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit[243]. Geschützt wurde eine Konventionalstrafe von 10 000 Franken für einen Vertreter, obschon dessen Jahresgehalt diese Summe nicht erreichte. Das Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot war beträchtlich, das Verschulden des Verpflichteten schwer (er benützte Bestellformulare des früheren Arbeitgebers in seiner neuen Stellung und setzte diesen bei der Kundschaft herab)[244].

Mit der Herabsetzung von Konventionalstrafen werden sich die Gerichte immer zu beschäftigen haben; denn es ist für den Arbeitgeber unmöglich, im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags, mit dem meist auch die Konventionalstrafe festgelegt wird, das Interesse, das er im Zeitpunkt der Verletzung des Verbotes an diesem haben wird, zu bestimmen. Auch das Verschulden des Arbeitnehmers und die finanziellen Verhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der Fälligkeit der Strafe sind nicht zum voraus bestimmbar. Deshalb spielt bei der Festset-

540). Aus diesem Grund und weil Art. 161 Abs. 1 OR die Konventionalstrafe ausdrücklich unabhängig vom Schaden erklärt, sind all diese Auffassungen abzulehnen. Gl. M. BGE *24* II 438, *25* II 614, *42* II 510; ZR 16, 1917, Nr. 94.

[237] So auch SCHWARTZ, S. 40.

[238] ZR 46, 1947, S. 297, Nr. 154; SCHWARTZ, S. 40; SCHWEINGRUBER, N. 2d zu Art. 359 OR.

[239] BGE *95* II 540; SCHWEINGRUBER, N. 2d zu Art. 359 OR; BECKER, N. 11 zu Art. 359 OR.

[240] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15 zu Art. 163 OR; SCHWARTZ, S. 40; SCHWEINGRUBER, a. a. O.

[241] ZR 46, 1947, S. 297, Nr. 154.

[242] BGE *92* II 31.

[243] BGE *91* II 383.

[244] BGE *82* II 146.

zung der Konventionalstrafe immer eine Unsicherheit mit: entweder wird die Strafe zu niedrig bemessen und wird dem Arbeitgeber den Schaden nicht decken, und er wird dann für den Ersatz des weiteren Schadens dessen Umfang und das Verschulden des Arbeitnehmers nachweisen müssen, oder die Konventionalstrafe wird zu hoch angesetzt, was eine richterliche Herabsetzung zur Folge haben kann. Wegen dieser Schwierigkeiten üben die Gerichte zu Recht Zurückhaltung bei der Herabsetzung von Konventionalstrafen, sodass sie immer noch ein zuverlässiges Sicherungsmittel für den Arbeitgeber darstellen.

c) *Der Ersatz weiteren Schadens:* Ist der Schaden des Arbeitgebers höher als die vereinbarte Konventionalstrafe, so kann auch Ersatz dieses weiteren Schadens verlangt werden (Art. 340 b Abs. 2 OR). Der Berechtigte kann neben einer Konventionalstrafe Ersatz des weiteren Schadens nur verlangen, wenn er ein Verschulden des Verpflichteten nachweist (Art. 98 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 97 OR)[245]. Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes fällt dem Arbeitnehmer in aller Regel ein Verschulden zur Last[246].

Schwieriger ist es, den Schaden nachzuweisen, welchen Beweis der Arbeitgeber nach der allgemeinen Regel des Artikels 42 OR zu leisten hat[247]. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, so genügt es nach Artikel 42 Absatz 2 OR auch, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, der Arbeitgeber habe durch die Verletzung des Konkurrenzverbotes einen Schaden erlitten. Die Schadenssumme, die meist äusserst schwierig nachzuweisen ist[248], bestimmt der Richter nach seinem Ermessen (Art. 42 Abs. 2 OR)[249]. So hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid als Ersatz «weiteren Schadens» einen Betrag von 8000 Franken zugesprochen. Die Konventionalstrafe betrug in diesem Fall nur 2000 Franken, der in einem Jahr erlittene Schaden belief sich auf 8860 Franken, wobei der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot während zweier Jahre verletzt hatte. Die Schadenersatzforderung des Arbeitgebers von 8000 Franken, die im ganzen Umfang geschützt wurde, war demnach recht bescheiden gehalten[250].

4. Realerfüllung

Wenn die besonderen Voraussetzungen des Artikels 340 b Absatz 3 OR gegeben sind, kann der Arbeitgeber neben dem Schadenersatz (Abs. 1)[251] oder neben der Konventionalstrafe und Ersatz des weiteren Schadens (Abs. 2) die Beseitigung

[245] Oser/Schönenberger, N. 7 zu Art. 359 OR; Becker, N. 9 zu Art. 359 OR; Pflüger, S. 64; Pidoux, S. 71; a. M. Hemmeler, S. 53; BGE *92* II 38.
[246] Vgl. vorne S. 64.
[247] BGE *92* II 38.
[248] vgl. BGE *72* II 390.
[249] BGE *43* II 664; Pidoux, S. 71.
[250] BGE *92* II 38.
[251] Vgl. vorne S. 67 f.

des vertragswidrigen Zustandes verlangen (Kumulation[252]). Dazu bedarf es in formeller Hinsicht einer besonderen schriftlichen Abrede, in materieller Hinsicht, dass die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers die Realerfüllung rechtfertigen. Diese Vorschrift wurde aus dem früheren Recht übernommen, weil in manchen Fällen allein die Durchsetzung des Konkurrenzverbotes die Interessen des Arbeitgebers wirksam zu schützen vermag[253]. Aber auch hier nimmt der Gesetzgeber den Arbeitnehmer in Schutz, für den die Realerfüllung neben Konventionalstrafe oder Schadenersatz besonders schwerwiegende Folgen hat. Sie soll deshalb auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, d. h. nur unter erschwerten Bedingungen verlangt werden können[254]. Dass diese Voraussetzungen erfüllt seien, hat der Arbeitgeber nachzuweisen (nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB)[255].

a) *Besondere schriftliche Abrede:* Diese Bestimmung hat keine grosse Bedeutung, denn das Konkurrenzverbot als Ganzes muss ja schon schriftlich verabredet sein (Art. 340 Abs. 1 OR)[256]. Der Gesetzgeber wollte damit nur sagen, dass die Realexekution *ausdrücklich* vorgesehen sein müsse[257]. In einem neuesten Entscheid hatte sich die staatsrechtliche Kammer des Bundesgerichts mit der Realexekution zu befassen[258]. Die Klausel lautete in diesem Fall: «Die allfällige Bezahlung der Konventionalstrafe entbindet Sie nicht von der weiteren Erfüllung der vorliegenden Vereinbarung und der Beachtung der Diskretionspflicht und des Konkurrenzverbotes.» Das Bundesgericht prüfte die Auslegung der Klausel nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür und nahm an, die Auslegung dieser Bestimmung ergebe, dass die Bezahlung der Konventionalstrafe den Arbeitnehmer nicht von der weiteren Erfüllung des Vertrags und der Einhaltung des Konkurrenzverbots entbinde[259]. Das Bundesgericht schützte daher die Klausel.

Nur wenn man die «schriftliche Abrede» in Absatz 3 des Artikels 340 b OR im Sinne einer «ausdrücklichen Vereinbarung» versteht, hat sie ihren Sinn, indem vage Formulierungen, aus denen der Sinn nicht klar ersichtlich ist, nicht genügen dürften, um die Realexekution zu rechtfertigen. Die Formulierung im erwähnten Vertrag entbehrte etwas der Klarheit. Bei freier Prüfung der Klausel wäre die Auslegung des Bundesgerichts als problematisch erschienen[260].

[252] Oser/Schönenberger, N. 6 zu Art. 359 OR; Kuttler, S. 32.
[253] Botschaft BR 1967, S. 161. Die Angestellten verlangten Streichung dieser Vorschrift.
[254] ZBJV 96, 1960, S. 155; SJZ 20, S. 148, Nr. 104; SJZ 29, S. 298, Nr. 53; SJZ 42, S. 361, Nr. 134; SJZ 65, 1969, S. 143, Nr. 71; ZR 24, 1925, Nr. 75; ZR 68, 1969, S. 238, Nr. 87; BJM 1962, S. 223; Kuttler, S. 32.
[255] BGE *91* II 382; ZR 68, 1969, S. 238, Nr. 87.
[256] So auch ZBJV 96, 1960, S. 155; a. M. Pidoux, S. 73.
[257] Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 10. 5. 1972 i. S. Z. c. M., S. 13.
[258] Unveröffentlichtes Urteil vom 10. 5. 1972, i. S. Z. c. M.
[259] Urteil vom 10. 5. 1972 i. S. Z. c. M., S. 13 f.
[260] Doch scheint die Klausel doch eher darauf hinzudeuten, dass es Wille der Parteien war, neben der Konventionalstrafe noch die Realexekution vorzubehalten.

Falsch ist die Ansicht von PIDOUX[261], der den *materiellen Voraussetzungen* des Artikels 340b Absatz 3 OR kein Gewicht beimisst. Von Bedeutung ist für diesen Autor nur, dass die Realexekution nur *ausnahmsweise* zugelassen werden soll. Das im früheren Gesetzestext enthaltene Wort «ausnahmsweise» wurde zwar im neuen Recht fallen gelassen. Damit wird an der materiellen Rechtslage jedoch nichts geändert. Wenn PIDOUX die Realexekution nur «ausnahmsweise» zulassen will, dann müsste er auch Kriterien nennen, welche diese Ausnahme zu rechtfertigen vermöchten. Er müsste dann offenbar wieder auf die materiellen Voraussetzungen des Artikels 340b Absatz 3 OR zurückkommen, die für ihn keine Bedeutung haben. Die Behauptung des gleichen Autors[262], dass in keinem Entscheid die Realexekution wegen Fehlens einer materiellen Voraussetzung abgelehnt worden sei, träfe jetzt auch nicht mehr zu, indem das Bundesgericht am 10. Mai 1972 einen solchen Entscheid gefällt hat[263]. Die materiellen Voraussetzungen des Artikels 340b Absatz 3 OR haben nach wie vor ihre Berechtigung und ihre Bedeutung. Dass die Realexekution nur «ausnahmsweise» zulässig sein soll, bedingt lediglich, dass die materiellen Gründe *gewichtig* sind und es rechtfertigen, dem Arbeitnehmer die Einhaltung des Verbotes aufzuzwingen[264].

b) *Die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers:* Das Interesse des Arbeitgebers an der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes muss in diesem Zusammenhang besonders gewichtig sein, da schon die Entstehung des Konkurrenzverbotes von einem erheblichen Interesse abhängig ist (Art. 340 Abs. 2 OR). Ein genügend grosses Interesse ist sicher dann nicht vorhanden, wenn die Konventionalstrafe den grösstmöglichen Schaden schon einigermassen deckt[265] oder wenn überhaupt nur geringer Schaden entstehen kann. Die Schädigungsmöglichkeit muss vielmehr so bedeutend sein, dass sie Gedeihen oder Existenz des Betriebs gefährdet[266]. In Sachen Z. c. M.[267] hat das Bundesgericht entschieden, diese Voraussetzung sei erfüllt, «wenn die konkrete Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Schädigung» des Unternehmens bestehe. Im übrigen nimmt das Interesse des Arbeitgebers an der Realerfüllung stets ab, je kürzer die Restdauer des Konkurrenzverbotes noch ist. Man wird also immer dann die Realexekution zulassen, wenn dem Arbeitgeber ein erheblicher Schaden droht, den er nicht leicht wieder ersetzen kann und der ihm nur durch Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes erspart werden kann[268]. Man wird an diese

[261] PIDOUX, S. 73 f.
[262] PIDOUX, S. 75.
[263] Nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts i. S. Z. c. M. vom 10. 5. 1972.
[264] BGE Z. c. M., S. 15.
[265] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 359 OR; SJZ 65, 1969, S. 144, Nr. 71; BGE Z. c. M., S. 16; a. M. PIDOUX, S. 73.
[266] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 359 OR.
[267] BGE Z. c. M., S. 16.
[268] PFLÜGER, S. 65; BECKER, N. 10 zu Art. 359 OR.

Voraussetzungen allerdings nicht einen allzu strengen Massstab legen dürfen, wenn die zweite Voraussetzung, das Verhalten des Arbeitnehmers, stark ins Gewicht fällt[269].

c) *Das Verhalten des Arbeitnehmers:* Die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes kann endlich nach Absatz 3 des Artikels 340b OR nur verlangt werden, wenn auch das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigt. Zu berücksichtigen ist hier, dass jede Übertretung eines Konkurrenzverbotes schon ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten ist. Dies genügt dem Gesetzgeber jedoch nicht, um die Realexekution zu rechtfertigen. Vielmehr bedarf es nach Lehre und Rechtsprechung eines Verhaltens, das in besonders schwerwiegender Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst[270]. Dies trifft nach der Doktrin zu, wenn sich der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe vom neuen Arbeitgeber bezahlen lässt[271]. Besonders verwerflich ist das Verhalten m.E. auch, wenn der Arbeitnehmer in der neuen Stellung noch z.B. Bücher, Bestellscheine und Material des früheren Arbeitgebers benutzt, wenn er diesem die Kunden durch falsche Behauptungen abspenstig macht, wenn er mit dem Vorsatz, aus den Kenntnissen, die er beim früheren Arbeitgeber erlangt hat, grosses Kapital zu schlagen, bei der Konkurrenz eintritt, kurz wenn er sich über die allgemeinen Grundsätze der Fairness im Handel skrupellos hinwegsetzt.

Sind all diese Voraussetzungen gegeben, kann der Arbeitgeber die Einhaltung des Konkurrenzverbotes neben der Bezahlung der Konventionalstrafe oder neben dem Schadenersatz verlangen[272].

d) *Durchsetzen der Realerfüllung:* Im Anspruch auf Realerfüllung ist ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch enthalten. Mit dem Beseitigungsanspruch kann der Arbeitnehmer gezwungen werden, seine Konkurrenztätigkeit aufzugeben; der Unterlassungsanspruch verpflichtet ihn, auch künftig keine Konkurrenztätigkeit auszuüben. Nur beide Ansprüche zusammen geben dem Arbeitgeber wirksamen Schutz, und die Beseitigung ohne Unterlassung ist meist sinnlos. So zum Beispiel wenn der Richter den Arbeitnehmer durch Urteil zu einem Aufgeben seiner Stelle zwingt. Ohne Unterlassungsanspruch könnte der Arbeitnehmer schon am nächsten Tag in ein anderes Konkurrenzunternehmen eintreten, und der Arbeitgeber müsste erneut auf Beseitigung klagen. Die Voraussetzungen der Realerfüllung wurden bereits erwähnt. Hier soll nun dargestellt werden, wie das auf «Beseitigung» und «Unterlassung» lautende Urteil vollstreckt wird.

Auf welche Weise der Arbeitnehmer zur Einhaltung des Konkurrenzverbotes gezwungen werden kann, bestimmt das kantonale Prozessrecht (Art. 97 OR)[273].

[269] So auch SCHWARTZ, S.40.
[270] BGE Z. c. M., S.18; BJM 1962, S.224; KUTTLER, S.32; SCHWARTZ, S.40; PFLÜGER S.66.
[271] OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O.; HEMMELER, S.53; PFLÜGER, S.66.
[272] Weitere Ansprüche des Arbeitgebers: vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N.8 zu Art.359 OR.
[273] BECKER, N.10 zu Art.359 OR; LANG, N.4 zu Art.359 OR.

Schwierig ist dieses Problem, weil ein Zwang gegen Dritte ausgeschlossen ist, man also den neuen Arbeitgeber nicht hindern kann, den Arbeitnehmer einzustellen[274]. Direkter Zwang gegen den Arbeitnehmer ist nur möglich, wenn dieser selbst ein Konkurrenzgeschäft eröffnet hat. Das Geschäft kann polizeilich geschlossen werden[275]. In allen andern, also in den meisten Fällen ist nur indirekter Zwang möglich[276]. Dieser psychische Zwang kann darin bestehen, dass wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung Strafe angedroht wird (Haft oder Busse)[277]. Die meisten kantonalen Prozessordnungen[278] und auch das Bundesgesetz über den Zivilprozess (Art. 76) verpflichten den Richter, Zivilurteile, die nur mit indirektem Zwang durchsetzbar sind, mit einer Strafdrohung nach Artikel 292 StGB zu verbinden[279]. Es handelt sich bei dieser Strafnorm um eine Blankettstrafbestimmung, die die Möglichkeit gibt, ein Urteil durch Androhung von Sanktionen zu erzwingen. «Besonders wichtig ist sie für Urteile von Zivilgerichten auf Unterlassung»[280].

Die einzige Massnahme, die der Richter im Urteil treffen kann, ist, dem Arbeitnehmer die Aufgabe seiner derzeitigen Stelle zu befehlen und ihm zu verbieten, während der Dauer des Verbots eine neue Stelle bei der Konkurrenz anzutreten. Diesen Befehl verbindet der Richter mit der Strafdrohung des Artikels 292 StGB. Ob der Arbeitnehmer die Arbeit beim Konkurrenten sofort auszusetzen hat oder ob die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten ist, hängt m. E. von der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des neuen Arbeitgebers ab. Hat dieser vom Konkurrenzverbot gewusst und den Arbeitnehmer trotzdem eingestellt, braucht der Richter keine Rücksicht auf ihn zu nehmen und der Arbeitnehmer hat die verbotene Tätigkeit sofort einzustellen. Ist jedoch der neue Arbeitgeber gutgläubig und weiss nichts vom Konkurrenzverbot, wird der Arbeitnehmer die ordentliche Kündigungsfrist für seinen Austritt abwarten müssen. Auch hier wird der Richter jedoch Ausnahmen zulassen müssen. Hat der frühere Arbeitgeber ein eminentes Interesse, dass der Arbeitnehmer sofort austritt, z. B. weil sonst der Schaden ins Unermessliche steigen würde, so wird der Richter dieses Interesse schützen, wobei der Arbeitnehmer seinem neuen Arbeitgeber ersatzpflichtig wird für den Schaden, der allenfalls durch seinen vorzeitigen Austritt entsteht.

Die Strafdrohung des Artikels 292 StGB ist Haft oder Busse. Voraussetzung seiner Anwendung ist eine konkrete Verfügung[281] der zuständigen Behörde[282] an

[274] Becker, N. 3 zu Art. 359 OR.
[275] Pidoux, S. 76.
[276] Kummer, S. 212.
[277] Guldener, S. 606.
[278] Vgl. die Zusammenstellung bei Guldener, S. 606.
[279] BGE *83* II 261, *87* II 112, *90* II 61, 163.
[280] Germann, zu Art. 292 StGB, S. 434.
[281] BGE *78* I 307.
[282] BGE *73* IV 256, *78* IV 118.

bestimmte Personen[283], mit ausdrücklicher Androhung von Strafe gemäss diesem Artikel[284], und eine vorsätzliche Missachtung einer solchen Verfügung[285]. Auf das Konkurrenzverbot bezogen, heisst das: Hat der Richter dem Arbeitnehmer unter Strafdrohung mit Artikel 292 StGB verboten, seine Tätigkeit weiter auszuüben, und missachtet dieser das Verbot, ist er nach Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse zu bestrafen. Artikel 292 StGB ist eine subsidiäre Bestimmung[286]. Enthält das kantonale Recht (vgl. Art. 335 StGB) eigene Strafnormen, die bei Nichtbeachtung eines Zivilurteils gelten, findet Artikel 292 StGB keine Anwendung[287]. In diesem Sinn kennt der Kanton Genf die sog. «astreinte», die in einer bestimmten Busse pro Tag der Verletzung einer Unterlassungspflicht besteht. Das Bundesgericht hat diese Art Strafe zugelassen und dazu ausgeführt: «Enfin l'astreinte de 20 fr. par jour constitue une mesure d'exécution et à ce titre (art. 97 al. 2 CO) elle est réglée par le droit cantonal et échappe au pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral. On ne pourrait songer à la déclarer contraire au droit fédéral que si elle impliquait une condamnation définitive à une indemnité à raison d'un dommage futur, ... Mais tel n'est pas le rôle attribué à l'astreinte par la jurisprudence qui la considère comme une simple mesure comminatoire ne privant pas le juge de la faculté de rechercher, au cas où elle serait demeurée sans effet, si et dans quelle mesure les dommages-intérêts sont encourus»[288]. Da den Kantonen in diesem Bereich nach Artikel 335 StGB nur die Befugnis zum Erlass von Übertretungsstrafrecht zusteht, dürfen sie für die Übertretung des Verbots nur Haft oder Busse androhen[289].

Wie verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer die Busse für die Widerhandlung bezahlt hat und nun weiterhin das Verbot des Richters missachtet? Liegt in diesem Fall eine neue Verletzung vor, so dass er wiederum bestraft werden kann? Beim Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung handelt es sich rechtlich um ein Dauerdelikt, indem der Täter den verpönten Zustand (die Konkurrenzierung des früheren Arbeitgebers) durch sein Verhalten (die Tätigkeit beim Konkurrenten) aufrechterhält[290]. Ein Dauerdelikt liegt nach bundesgerichtlicher Praxis vor, «wenn die Begründung des rechtswidrigen Zustandes mit den Handlungen, die zu seiner Aufrechterhaltung vorgenommen werden, beziehungsweise mit der Unterlassung seiner Aufhebung eine Einheit bildet und das auf Perpetuierung des deliktischen Erfolges gerichtete Verhalten vom betreffenden Tatbestand ausdrücklich

[283] BGE *78* I 307.
[284] BGE *68* IV 45.
[285] Germann, zu Art. 292 StGB, S. 433.
[286] Germann, zu Art. 292 StGB, S. 434; BGE *90* IV 207.
[287] BGE *69* IV 210, *79* II 420 E. 4; Pidoux, S. 79 f.
[288] BGE *43* II 660.
[289] BGE *69* IV 4.
[290] Knecht, S. 48.

(Art. 182) oder sinngemäss mitumfasst wird»[291]. Diese Voraussetzungen sind in unserem Fall gegeben. Führt indessen der Arbeitnehmer nach dem Urteil seine strafbare Tätigkeit, d.h. die Konkurrenztätigkeit weiter, kann er wegen dieses Verhaltens erneut bestraft werden, weil durch das Urteil des Strafrichters nur das strafbare Verhalten bis zu diesem Zeitpunkt erfasst wird[292]. Es handelt sich dann nicht um ein fortgesetztes (denn ein fortgesetztes Delikt setzt stets «eine Mehrheit bisher nicht bestrafter Handlungen» voraus[293] und mit dem Urteil wird der Fortsetzungszusammenhang unterbrochen[294]) Delikt noch um einen Rückfall (weil Art. 292 StGB ein Übertretungstatbestand ist, vgl. Art. 67 und 108 StGB), sondern schlicht um ein wiederholtes Delikt, was der Richter im Strafmass gemäss Artikel 63 StGB berücksichtigt. Das zweite Strafurteil wird in der Regel strenger ausfallen[295].

H. Gerichtliches Verfahren bei Übertretung des Konkurrenzverbotes

1. Sachlegitimation

Aktivlegitimiert ist der Träger des eingeklagten Anspruchs oder der aus dem Rechtsverhältnis Berechtigte, passivlegitimiert der Träger der eingeklagten Schuld oder der aus dem Rechtsverhältnis Verpflichtete. Das Fehlen der Sachlegitimation führt zur Abweisung der Klage[296].

Am arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot sind der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer beteiligt. Wer im Verfahren Kläger oder Beklagter ist, hat für die Frage der Legitimation keine Bedeutung.

a) Wie vorne schon dargelegt wurde[297], ist das Konkurrenzverbot *auf Seiten des Arbeitnehmers* höchstpersönlich und deshalb unübertragbar und unvererblich[298]. Dies gilt allerdings nicht, wenn bereits eine Forderung entstanden ist (Konventionalstrafe, Karenzentschädigung). Diese ist nach den allgemeinen Regeln über Abtretung bzw. Schuldübernahme übertragbar und auch vererblich[299]. Geht es jedoch um den eigentlichen Inhalt des Konkurrenzverbotes (die Konkurrenzenthaltung), so ist nur der Arbeitnehmer persönlich legitimiert, als Partei aufzutreten[300]. Die Legitimation eines Arbeitnehmerverbandes, dessen Ziel der Rechtsschutz seiner Mitglieder wäre, ist abzulehnen, weil es beim Konkurrenz-

[291] BGE *75* IV 40, *84* IV 17 E. 2, zit. bei KNECHT, S. 48.
[292] vgl. BGE *73* IV 255, *74* IV 105.
[293] BGE *56* I 77.
[294] KNECHT, S. 25, 26.
[295] GULDENER, S. 606; KUMMER, S. 212.
[296] KUMMER, S. 58 f.; GULDENER, S. 173 f.; LUTZ, N. 3 zu Art. 99 ZPO.
[297] Vgl. vorne S. 44 f.
[298] PIDOUX, S. 87; HEROLD, S. 119; HEMMELER, S. 32.
[299] BECKER, N. 2 zu Art. 359 OR.
[300] BECKER, a.a.O.

verbot immer um rein wirtschaftliche, und nicht um ideelle Interessen geht. Für solche wirtschaftliche Interessen ist bisher die Legitimation eines Berufsverbandes stets abgelehnt worden, während sie für ideelle Interessen vom Bundesgericht, allerdings zögernd, bejaht wurde[301]. Es wäre auch praktisch nicht zu verstehen, dass der Verband sogar gegen den Willen des Arbeitnehmers Klage sollte erheben können und so auf die vertragliche Abmachung fremder Rechtssubjekte indirekt einzuwirken vermöchte. Das Vertrauen zwischen den Vertragsparteien würde dadurch gebrochen und das gegenseitige Verhältnis der Vertragspartner gestört.

b) *Auf der Arbeitgeberseite* ist das Konkurrenzverbot nach den vorne gezeigten Regeln (vgl. III C 1), meist nur zusammen mit dem Unternehmen, übertragbar und vererblich. Berechtigt und damit legitimiert ist meist der jeweilige Inhaber des Unternehmens[302]. Das kann eine natürliche oder eine juristische Person sein. Parteifähig sind sie beide[303], kraft besonderer Gesetzesvorschrift auch die Kollektiv- (Art. 562 OR) und die Kommanditgesellschaft (Art. 602 OR). Nicht parteifähig und damit nicht legitimiert ist die einfache Gesellschaft[304]. Sie hat keine Ansprüche gegen den Arbeitnehmer. Will sie als Prozesspartei auftreten, so müssen alle Gesellschafter zusammen (oder allenfalls der Gesellschafter, zu dessen Gunsten das Verbot vereinbart wurde) klagen oder beklagt werden. Aus den gleichen Gründen wie beim Arbeitnehmer ist auch hier die Legitimation eines Arbeitgeberverbandes abzulehnen[305].

c) Nicht zu verwechseln mit der Frage der Legitimation ist die Frage der *Vertretung der Parteien*. Diese ist grundsätzlich zulässig, wird aber für das Verfahren vor den Gewerbegerichten von den kantonalen Prozessrechten vielfach ausgeschlossen[306].

2. Klagen des Arbeitgebers

Aus der Übertretung des Konkurrenzverbotes können dem Arbeitgeber nach Artikel 340 b OR verschiedene Ansprüche zustehen: ein Anspruch auf Schadenersatz, auf die Konventionalstrafe und auf die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes. Je nach dem Anspruch, den der Arbeitgeber geltend machen will oder kann, hat die Klage anders zu lauten.

Mit einer Leistungsklage kann der Arbeitgeber Schadenersatz und Konventionalstrafe verlangen. Voraussetzung ist, dass der Anspruch fällig ist[307] oder, anders gesagt, dass der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot übertreten hat. Ein

[301] BGE *73* II 67, *78* IV 244; vgl. KUMMER, S. 60; GULDENER, S. 176; LUTZ, N. 3 zu Art. 99 ZPO.
[302] BGE *54* II 462; BECKER, N. 1 zu Art. 359 OR.
[303] BGE *42* II 555.
[304] BGE *43* II 197.
[305] Vgl. oben a).
[306] Vgl. die Zusammenstellung bei GULDENER, S. 409, insbesondere Anm. 72.
[307] KUMMER, S. 86.

Rechtsschutzinteresse ist bei der Leistungsklage regelmässig nicht nachzuweisen, weil es offenkundig ist[308].

Unter den besonderen Voraussetzungen des Absatzes 3 des Artikels 340b OR hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf «Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes». Darin ist ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch enthalten, denn eine Beseitigung ohne Unterlassung ist im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot sinnlos: der Arbeitnehmer könnte nach dem Beseitigungsurteil in eine andere Konkurrenzfirma eintreten und der Arbeitgeber müsste erneut klagen. Beseitigungs- und Unterlassungsklage sind zulässig, wenn die vertragswidrige Störung eine Dauerwirkung nach sich gezogen hat, d.h. wenn die Störung ein Zustand ist[309]. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer in Verletzung des Konkurrenzverbotes eine Dauerstellung innehat. Mit der Klage auf Beseitigung kann der Arbeitgeber erwirken, dass der Arbeitnehmer seine konkurrenzierende Tätigkeit aufgeben muss, mit der Unterlassungsklage, dass dieser auf weitere Konkurrenztätigkeit verzichten muss.

Es ist hingegen kaum denkbar, dass der Arbeitgeber eine Feststellungsklage erheben kann, um bestimmen zu lassen, dass das Konkurrenzverbot im vereinbarten Umfang gültig sei. Ein genügendes Rechtsschutzinteresse wäre hier allenfalls vorhanden, wenn dessen Umfang streitig wäre[310], z.B. wenn der Arbeitnehmer die Herabsetzung verlangt. Auch in diesem Fall genügt jedoch der Antrag auf Abweisung der Klage oder die Widerklage auf Leistung zum Schutze der Interessen des Arbeitgebers.

3. Klagen des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer kann behaupten, das Konkurrenzverbot sei wegen Fehlens einer Voraussetzung des Artikels 340 OR ungültig, oder er kann geltend machen, das Verbot sei aus einem in Artikel 340c OR enthaltenen Grund dahingefallen. Er kann verlangen, der Richter habe es zu beschränken (Art. 340a Abs. 2 OR) oder der Richter habe die Konventionalstrafe herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR).

Die Herabsetzung der Konventionalstrafe und die Ermässigung des Umfangs des Konkurrenzverbots bedingen eine Änderung des Rechtsverhältnisses, sind also mit einer Gestaltungsklage geltend zu machen. Das Urteil ist konstitutiv und wirkt ex tunc. Dieses Rechtsbegehren kann der Arbeitnehmer in einer Klage, in einer Widerklage oder in einer Einwendung gegen die Klage des Arbeitgebers geltend machen.

Im Gegensatz zum Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer in gewissen Fällen auch ein Rechtsschutzinteresse an einer Feststellungsklage haben, so wenn er der

[308] KUMMER, S. 91.
[309] JÄGGI, ZSR 79 II, 1960, S. 183a.
[310] KUMMER, S. 91 f.

Meinung ist, das Verbot sei ungültig oder dahingefallen. In diesen Fällen kann er vom Richter die Feststellung verlangen, das Konkurrenzverbot sei ungültig oder dahingefallen. Ein Beispiel dafür findet sich in der bundesgerichtlichen Praxis: Ein Arbeitnehmer beantragte Nichtigerklärung des Konkurrenzverbots, welchem Begehren der Arbeitgeber opponierte. Vor und während des Prozesses fand der Arbeitnehmer wegen des Konkurrenzverbotes keine Stelle und verlangte deshalb, nachdem das Gericht das Verbot aufgehoben hatte, vom Arbeitgeber Schadenersatz. Dieses Begehren wurde allerdings vom Bundesgericht abgewiesen, weil ein Schadenersatzanspruch nach Artikel 41 ff. OR nur entstanden wäre, wenn der Arbeitgeber widerrechtlich oder unsittlich gehandelt hätte. Durch die Opposition gegen die Nichtigerklärung des Verbotes machte der Arbeitgeber aber lediglich seine berechtigten Interessen geltend[311].

4. Gewerbe- oder Arbeitsgerichte

Die meisten Kantone haben für Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis Sondergerichte eingeführt: die Gewerbe- oder Arbeitsgerichte. Diese Gerichte setzen sich aus Fachleuten aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkreisen zusammen. Diese Lösung drängte sich auf, weil es gerade bei diesen Streitigkeiten grosse Fachkenntnisse braucht, die dem Juristen oft fehlen. Das Verfahren ist billig und wenig formell (meist Anwaltsverbot); der Arbeitnehmer soll möglichst nicht abgeschreckt werden[312].

5. Prozessuale Vorschriften im Arbeitsvertragsrecht

Um die einheitliche Anwendung des Zivilrechts zu gewährleisten, hat der Bund in einzelnen Bundesgesetzen auch gewisse Verfahrensregeln geschaffen. So finden wir auch in Artikel 343 OR einzelne Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Diese Regeln dienen vor allem dem Schutz des Arbeitnehmers und sollen es ihm ermöglichen, seine Ansprüche mit geringen Mitteln in einem einfachen und raschen Verfahren geltend zu machen[313].

a) *Der Gerichtsstand:* Für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, also auch für Streitigkeiten aus einem Konkurrenzverbot, gilt nach Artikel 343 Absatz 1 OR wahlweise der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten oder der besondere Gerichtsstand am Ort des Betriebs, für den der Arbeitnehmer Arbeit leistet.

Unter dem Wohnsitz ist, wie im Zivilrecht, der Ort zu verstehen, wo sich der Beklagte «mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält» (Art. 23 ZGB), d. h. der Ort, der den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen darstellt[314]. Ist der Arbeitge-

[311] Urteil des Bundesgerichts vom 17.3.1953, in ARV 1, 1953, S. 86, Nr. 106.
[312] Vgl. die näheren Ausführungen bei GULDENER, S. 21 ff.; KUMMER, S. 35.
[313] Vgl. Botschaft BR 1967, S. 166.
[314] GULDENER, S. 76; KUMMER, S. 44.

ber eine juristische Person oder eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, so befindet sich der allgemeine Gerichtsstand an deren Sitz. Das gilt auch bei Anwendung des Artikels 343 OR, obschon diese Bestimmung den Sitz nicht ausdrücklich erwähnt; denn der «Sitz» der juristischen Person gilt als deren «Wohnsitz» (Art. 56 ZGB). Der Sitz befindet sich am Ort, wo die Verwaltung geführt wird, falls die Statuten nichts anderes bestimmen (Art. 56 ZGB).

Der alternative Gerichtsstand des Artikels 343 Absatz 1 OR ist der Ort des Betriebs oder Haushalts, für den der Arbeitnehmer Arbeit leistet (im Falle des Konkurrenzverbots «geleistet hat»). An diesem Ort kann gegen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geklagt werden. Indem der Gesetzgeber diesen zweiten Gerichtsstand bestimmte, wollte er offensichtlich eine von den allgemeinen Regeln abweichende Gerichtsstandsordnung schaffen. Hätte diese Vorschrift lediglich den Sinn, dass auch am Sitz der Geschäftsniederlassung geklagt werden kann, wäre sie überflüssig, da eine solche Vorschrift in den Prozessordnungen regelmässig schon enthalten ist. Mit dem Ort des Betriebs, für den der Arbeitnehmer gearbeitet hat, kann nach dem Sinn des Artikels 343 Absatz 1 OR nur der *Arbeitsort* gemeint sein, unbekümmert darum, ob sich dort eine «Geschäftsniederlassung» befindet. Das ergibt sich auch daraus, dass mit Artikel 343 OR der Arbeitnehmer begünstigt werden soll. Er soll nicht am Hauptsitz oder am Sitz einer Geschäftsniederlassung klagen müssen, sondern am Ort, wo er arbeitet oder gearbeitet hat, zu dem er meist in recht naher Beziehung stehen wird. Allerdings drängt sich eine Einschränkung auf. Nicht jeder Ort, an dem der Arbeitnehmer arbeitet, kann als «Ort des Betriebes» im Sinne des Artikels 343 OR gelten. Eine Vertriebsfirma zum Beispiel kann nicht an jedem Ort, an dem der Vertreter Kunden besucht oder Waren verkauft, ins Recht gefasst werden, sondern nur an einem Ort, wo sich eine eigentliche *Betriebsstätte* mit dauernden Anlagen der Gesellschaft befindet[315].

b) *Sonderverfahren für Streitigkeiten mit geringem Streitwert:* Artikel 343 Absatz 2 OR verpflichtet die Kantone, für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von fünftausend Franken ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Massgebend für die Berechnung des Streitwerts ist der objektive Wert der Leistung, die der Kläger vom Beklagten fordert. Bei der Gestaltungsklage ist es der Wert der Vermögensvorteile, der dem Kläger im Fall der Gutheissung der Klage zufällt. Anerkennt der Beklagte einen Teil der Leistung, ist dieser Teil nicht dem Streitwert zuzurechnen[316]. Bei der Berechnung nach Artikel 343 OR bemisst sich der Streitwert nur nach der eingeklagten Forderung; der Wert der Widerklage wird nicht hinzugerechnet[317].

[315] Der Begriff der «Betriebsstätte» wurde aus dem Steuerrecht übernommen, eignet sich jedoch für diese Abgrenzung m.E. sehr gut. Vgl. BGE *83* I 262 E. 2, *95* I 435.
[316] Vgl. GULDENER, S. 99 ff.
[317] Wie dies in einigen kantonalen Prozessrechten der Fall ist, GULDENER, S. 104.

Überschreitet der Streitwert fünftausend Franken nicht, soll das Verfahren einfach und rasch sein. In den meisten Kantonen war das Verfahren vor den Gewerbegerichten schon bis anhin mündlich[318]. Aber auch ein einfaches schriftliches Verfahren soll zulässig sein[319]. Ausserdem ist das Verfahren rasch abzuwickeln. Man wird in Analogie zu Artikel 25 SchKG annehmen können, dass die Parteien kurzfristig vorzuladen sind und das Verfahren innert einer kurzen Frist beendigt werden soll, auch wenn es bis zur letzten kantonalen Instanz führt[320]. Bei Streitigkeiten mit einem Streitwert unter fünftausend Franken dürfen den Parteien keine Gebühren oder Auslagen des Gerichts auferlegt werden. Nur bei mutwilliger Prozessführung können die Kosten des Verfahrens der fehlbaren Partei auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR).

Streitigkeiten, welche die gesetzliche Streitwertgrenze von fünftausend Franken überschreiten, werden im ordentlichen Verfahren behandelt[321].

c) *Offizialmaxime und freie richterliche Beweiswürdigung:* Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis stellt der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen (Art. 343 Abs. 4 OR)[322].

Nach der Offizialmaxime darf der Richter seinem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen, von deren Vorhandensein er sich selbst überzeugt hat, und er kann auch Tatsachen berücksichtigen, die keine Partei behauptet hat. Er darf schliesslich die erforderlichen Beweise von Amtes wegen erheben. Dies entbindet jedoch die Parteien nicht davon, dem Richter die wesentlichen Tatsachen zu nennen und Beweise zu beantragen[323].

Nach der Beweisabnahme hat der Richter frei darüber zu entscheiden, welche Tatsachen er als erwiesen betrachtet. Ist der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung im Bundesrecht (so in Art. 343 OR) vorgesehen, darf der Richter auch die kantonalrechtlich ausgeschlossenen Beweismittel nicht unberücksichtigt lassen[324].

6. Vorsorgliche Massnahmen

Zieht sich der Prozess, in dem die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangt wird, in die Länge, so nützt dem Arbeitgeber die Realexekution vielfach

[318] GULDENER, S. 409.
[319] Botschaft BR 1967, S. 166.
[320] GULDENER, S. 487.
[321] Botschaft BR 1967, S. 166.
[322] Dass die Offizialmaxime und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nur für Prozesse mit einem Streitwert bis zu 5000 Franken gelten sollen, wie die dies nach Art. 343 Absatz 3 des Entwurfs und nach der Botschaft BR 1967, S. 166, der Fall wäre, dafür bietet die jetzige Fassung des Art. 343 Abs. 4 OR keinerlei Anhaltspunkte. Er bezieht sich nach dem klaren Wortlaut auf *alle* Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. dagegen Abs. 3: «bei Streitigkeiten im Sinne des vorstehenden Absatzes»).
[323] GULDENER, S. 144 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 417.
[324] GULDENER, S. 340 ff.

nichts mehr, weil die Dauer des Konkurrenzverbotes bis zum Ende des Prozesses abgelaufen sein kann. Mit einem solchen Fall hatte sich das Bundesgericht zu befassen[325]. Das Konkurrenzverbot war auf zwei Jahre befristet, das Arbeitsverhältnis wurde 1961 aufgelöst; die zweijährige Dauer des Verbotes begann also im Jahre 1961 zu laufen. Die letztinstanzliche Beurteilung durch das Bundesgericht fand im Jahre 1965 statt, also zwei Jahre nach Ablauf der Verbotsdauer. Das Bundesgericht führte daher aus, die Frage, ob der Arbeitgeber berechtigt wäre, die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen, sei mit dem Ablauf der Verbotsdauer gegenstandslos geworden. Hätte der Arbeitgeber das Konkurrenzverbot durchsetzen wollen, so wäre ihm nichts anderes übrig geblieben, als nach kantonalem Prozessrecht den Erlass einer vorsorglichen Verfügung zu verlangen.

Gerade unter dem neuen Recht, wo das Konkurrenzverbot in der Regel auf drei Jahre beschränkt ist (Art. 340a Abs. 1 OR), erhält die vorsorgliche Massnahme eine überragende Bedeutung. Wenigstens praktisch werden die Prozesse um die Realexekution des Konkurrenzverbotes mit dem Erlass oder der Verweigerung der vorsorglichen Massnahme entschieden. Untersagt der Richter durch vorsorgliche Massnahme dem Arbeitnehmer die weitere Konkurrenztätigkeit, so kann der Arbeitgeber praktisch mit seinem Begehren um Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes Erfolg haben, obschon der Sachrichter beim materiellen Entscheid das Begehren abweist. Denn die vorsorgliche Massnahme wirkt in den meisten Fällen wegen der Prozessdauer bis zum Ablauf der Dauer des Konkurrenzverbotes. Weist der Richter anderseits das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ab, so wird bis zum Endentscheid im materiellen Prozess das Begehren des Arbeitgebers um Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes – wie in dem eben erwähnten Bundesgerichtsfall – gegenstandslos. Deshalb ist der Entscheid über ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen von sehr grosser Bedeutung, soweit sich das Begehren auf (vorläufige) Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes bezieht.

Die vorsorgliche Massnahme dient in der Regel der Sicherung eines behaupteten Rechts[326]. Ihr Zweck ist, zu verhindern, dass einer Partei durch Abwarten des ordentlichen Prozesses durch widerrechtliches Verhalten Schaden zugefügt wird[327]. Voraussetzung der vorsorglichen Massnahme ist in den meisten Prozessordnungen ein erheblicher, nicht leicht wieder gut zu machender Schaden des Gesuchstellers bei nicht sofortiger Erfüllung[328]. Wenn der Richter das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme erhält, muss er die Begründung des Ge-

[325] BGE *91* II 372.
[326] Guldener, S. 382; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts i.S. Z. c. M. vom 10.5.1972, S. 8.
[327] Guldener, S. 382; Ziegler, S. 74 f.
[328] So z.B. § 255 der solothurnischen ZPO.

suchstellers prüfen. Kommt er zum Schluss, dass die Sache für den Gesuchsteller günstig liege, wird er dem Gesuch entsprechen (sog. «fumus boni iuris»)[329]. Der Richter hat dabei summarisch zu prüfen, ob der materielle Anspruch vermutlich bestehe, ob die Klage mithin Aussicht auf Erfolg habe. Da die vorsorgliche Massnahme rasch zu erlassen ist, muss der Gesuchsteller nicht vollen Beweis leisten, dass die Klage begründet sei. Es genügt vielmehr, dass er glaubhaft macht, dass seine Klage Erfolgsaussichten habe[330].

Auf das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot bezogen, heisst das: Der Arbeitgeber muss in seinem Gesuch glaubhaft machen, dass die besonderen Voraussetzungen des Artikels 340b Absatz 3 OR vorhanden seien. Kommt der Richter zum Schluss, dass diese Voraussetzungen wahrscheinlich erfüllt sind, die Klage mithin Aussichten auf Erfolg hat, dann muss er dem Arbeitnehmer durch eine vorsorgliche Massnahme verbieten, die Konkurrenztätigkeit weiterhin auszuüben[331]. Die Durchsetzung der Verfügung kann er wieder nur durch indirekten Zwang sichern, d.h. er wird dem Arbeitnehmer im Fall der Widerhandlung eine Ungehorsamsstrafe nach Artikel 292 StGB oder nach einer kantonalrechtlichen Strafnorm androhen[332].

Die Gefahr der vorsorglichen Verfügung liegt darin, dass der Richter in einem Schnellverfahren den Entscheid im Hauptverfahren vorweg nehmen muss. Über die eigentliche Rechtslage wird erst später entschieden[333]. Es besteht die Möglichkeit, dass das Urteil im Hauptverfahren anders ausfällt. In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer durch die vorläufige Massnahme einen Schaden erlitten, indem ihm eine Tätigkeit verboten wurde, die er, wie nun das Haupturteil zeigt, rechtmässig hätte ausüben dürfen. Deshalb sehen die meisten Prozessordnungen die Möglichkeit vor, den Erlass einer vorsorglichen Massnahme an eine Sicherheitsleistung des Arbeitgebers zu knüpfen, die den Schaden des Arbeitnehmers bei entgegengesetztem Entscheid im Hauptverfahren einigermassen decken sollte[334]. Zudem muss der Arbeitgeber nach Erlass der vorsorglichen Massnahme innert bestimmter Frist die ordentliche Klage einreichen, ansonst die Massnahme dahinfällt[335]. Stellt sich später im Hauptverfahren heraus, dass die einstweilige Verfügung ungerechtfertigt war, d.h. der materielle Anspruch des Arbeitgebers nicht besteht, so kann der Arbeitnehmer Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Massnahme entstanden ist[336].

[329] Entscheid der Pretura di Lugano-Ceresio vom 28.7.1958, ARV 9, 1961, S.79, Nr.34.
[330] BGE *97* I 486 f.; BJM 1962, S.225.
[331] BJM 1962, S.223 ff.
[332] Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts i.S. Z. c. M. vom 10.5.1972, S.7; Guldener, S.386.
[333] Pidoux, S.84.
[334] Entscheid des Bundesgerichts i.S. Z. c. M. vom 10.5.1972, S.5; Kummer, S.236.
[335] Kummer, S.238.
[336] Kummer, S.239.

J. Wegfall des Konkurrenzverbotes

1. Ordentliche Untergangsgründe des Vertrags

a) *Erfüllung:* Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitnehmer während der vereinbarten Zeit seiner Unterlassungspflicht nachkommt und damit seine vertraglichen Pflichten erfüllt.

b) *Zeitablauf:* Auch wenn sich der Arbeitnehmer nicht an das Verbot hält, fällt dieses mit dem Ablauf der vereinbarten Dauer dahin. Der Arbeitgeber hat allenfalls noch Ansprüche auf Schadenersatz oder Konventionalstrafe.

c) *Gegenseitige Übereinkunft:* Die Vertragsparteien können das Konkurrenzverbot jederzeit durch formlose Übereinkunft ganz oder teilweise aufheben (Art. 115 OR).

d) *Tod des Arbeitnehmers:* Der Tod des Arbeitnehmers lässt das Konkurrenzverbot selbstverständlich dahinfallen (vgl. vorne III C 2).

e) *Schliessung des Geschäftes des Arbeitgebers:* Auf der Arbeitgeberseite ist das Konkurrenzverbot an das Unternehmen gebunden und wird in der Regel mit diesem übertragen. Stellt das Unternehmen seinen Betrieb ein, oder wird der Geschäftszweig, für den der Arbeitnehmer tätig war, aufgehoben, so fällt das Konkurrenzverbot dahin (vgl. vorne III C 1). Der Inhaber des Unternehmens hat in diesem Fall kein Interesse an der Aufrechterhaltung des Verbots (Art. 340c Abs. 1 OR)[337].

2. Mangelndes Interesse des Arbeitgebers

«Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten» (Art. 340c Abs. 1 OR). Beweispflichtig für das fehlende Interesse des Arbeitgebers ist der Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB)[338], denn es liegt am Schuldner, den Untergang eines Rechtes darzulegen. Auch der Wortlaut des Gesetzes gibt keinen Hinweis auf eine Umkehr der Beweislast.

Artikel 340 Absatz 2 OR lässt das Konkurrenzverbot nur gültig entstehen, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch die Ausnützung des Einblicks in Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse *erheblich* schädigen könnte. Diese «erhebliche Schädigung» entspricht dem «erheblichen Interesse» des Artikels 340c Absatz 1 OR[339]. Beide Bestimmungen sind zum Schutze des Arbeitnehmers aufgestellt. Sie entsprechen dem Grundsatz, dass jedes Recht ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten voraussetzt[340]. Im allgemeinen bleibt

[337] Oser/Schönenberger, N. 1 zu Art. 360 OR; Kuttler. S. 51; Herold S. 117.

[338] Botschaft BR 1967, S. 162; Oser/Schönenberger, a.a.O.; Kuttler, S. 24; von Greyerz, S. 93 und S. 83 mit Verweisungen.

[339] Vgl. vorne III B 3.

[340] Oser/Schönenberger, N. 84 und 85 zu Vorbemerkungen zu Art. 1–67 OR, N. 1 zu Art. 360 OR.

aber ein Recht bestehen, auch wenn das Interesse des Berechtigten abnimmt und allenfalls nur noch gering ist (Grenzen in Art. 2 ZGB)[341]. Von dieser Regel macht der Gesetzgeber bei der Ordnung des Konkurrenzverbots eine Ausnahme, indem das Interesse des Arbeitgebers am Abschluss des Konkurrenzverbotes *und* sein Interesse an dessen Weiterbestand gleich gross, nämlich «*erheblich*» sein müssen.

Daraus folgt, dass das Konkurrenzverbot dahinfällt, wenn das Interesse des Arbeitgebers, das schon Voraussetzung zur Entstehung des Verbots ist, aus irgend welchen Gründen so abnimmt, dass ihn der Arbeitnehmer durch die Ausnützung des gewonnenen Einblicks nicht mehr *erheblich* schädigen kann. «Erheblich» ist das Interesse, solange der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber einen bedeutenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Schaden zufügen könnte, falls er nicht an das Konkurrenzverbot gebunden wäre[342]. Allzu strenge Anforderungen darf man an das «erhebliche Interesse» nicht stellen[343]. Die Gesetzesbestimmung wird nur angewendet, wenn das Interesse des Arbeitgebers offensichtlich nicht mehr erheblich ist. So zum Beispiel, wenn die Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse bekannt geworden sind, wenn der Arbeitgeber den Sitz des Geschäfts und damit auch den Kundenkreis gewechselt hat, oder wenn der Arbeitgeber seine Hauptaktivität auf einen anderen Geschäftszweig verlegt als denjenigen, den er mit dem Konkurrenzverbot schützen wollte. Da nicht leichthin anzunehmen ist, der Arbeitgeber habe kein erhebliches Interesse mehr, und da zudem dem Arbeitnehmer im allgemeinen der Nachweis nicht leicht fallen wird, dass das Interesse nicht mehr erheblich sei, hat die genannte Gesetzesvorschrift wohl kaum eine grosse praktische Bedeutung[344].

3. Vom Arbeitgeber zu verantwortende Auflösung des Arbeitsverhältnisses

a) *Auflösung des Vertrags durch den Arbeitgeber:* Das Konkurrenzverbot fällt dahin, «wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat» (Art. 340c Abs. 2 OR). Diese Regel entspricht dem Gedanken, dass es gegen Treu und Glauben verstiesse, wenn der Arbeitgeber die Wirksamkeit des Konkurrenzverbotes auslösen könnte, indem er dem Arbeitnehmer unbegründet kündigt. Denn dieser rechnet im allgemeinen mit einer dauerhaften Anstellung und geht das Konkurrenzverbot unter dieser Voraussetzung ein. Deshalb ist in diesen Fällen der Arbeitnehmer nicht mehr an das Konkurrenzverbot gebunden[345].

Es stellt sich zunächst die Frage, was unter einem «*begründeten Anlass*» zu ver-

[341] Becker, N. 1 zu Art. 356 OR.
[342] Kuttler, S. 12; Pflüger, S. 28.
[343] Entscheid des Bundesgerichts in ARV 8, 1960, S. 39.
[344] Pidoux, S. 97.
[345] Oser/Schönenberger, N. 2 zu Art. 360 OR; Pidoux, S. 97 f.; Pflüger S. 70; Hemmeler, S. 28; Kuttler, S. 24.

stehen sei. Dieser Ausdruck wurde in das neue Arbeitsvertragsrecht eingeführt, um klar zu sagen, was die Rechtsprechung schon bis anhin erkannt hatte: Ein «begründeter Anlass» im Sinne des Artikels 340c Absatz 2 OR ist nicht dem «wichtigen Grund» des Artikels 337 OR gleichzusetzen, der dem Arbeitgeber die Möglichkeit gibt, fristlos zu kündigen[346]. Während ein «wichtiger Grund» nach Artikel 337 OR nur vorliegt, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, liegt ein «begründeter Anlass» schon vor, wenn nach vernünftigen Erwägungen ein erheblicher Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt[347]. Diese Auslegung des Gesetzes durch das Bundesgericht erscheint als zutreffend, denn die Parteien sollen nicht durch eine zu strenge Auslegung des Artikels 340c OR gezwungen werden, ein unbefriedigendes Arbeitsverhältnis, bei dem die Voraussetzungen zur fristlosen Auflösung nicht gegeben sind, nur mit Rücksicht auf das Konkurrenzverbot fortzusetzen[348]. Wann ein «begründeter Anlass» vorliegt, hat der Richter nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Er wird die Frage immer dann bejahen, wenn der Arbeitnehmer das in ihn gesetzte Vertrauen täuscht durch ungebührliches Benehmen, Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht, schlechte Arbeit oder ähnliches Verhalten, so zum Beispiel, wenn ein Vertreter die Kunden schleppend bedient und seinem Arbeitgeber die Abrechnungen zu spät erstellt[349].

Materiell rechtfertigt sich die weitherzige Auslegung des «begründeten Anlasses» gegenüber dem «wichtigen Grund» des Artikels 337 OR, «weil bei Art. 352 (heute Art. 337 OR, der Verf.) gerade im Hinblick auf die Plötzlichkeit der Auflösung Anforderungen gestellt werden müssen, die bei Art. 360 Abs. 2 (heute Art. 340c Abs. 2 OR, der Verf.) wegfallen, da hier die Auflösung auch durch Kündigung erfolgen kann»[350]. Damit ist auch gesagt, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos oder durch ordentliche Kündigung auflöst[351]. Gerade weil der Begriff des «begründeten Anlasses», wie ihn Artikel 340c OR verwendet, weiter auszulegen ist als der Begriff des «wichtigen Grundes» nach Artikel 337 OR, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht immer fristlos auflösen, sondern muss in vielen Fällen die ordentliche Kündigungsfrist abwarten, wenn er zwar einen «begründeten Anlass» im Sinne des

[346] Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 316; Protokoll der Expertenkommission, 7. Sitzung, 1960, S. 24. Im früheren Dienstvertragsrecht hiess es an Stelle von «begründeten Anlass» «wichtigen Grund» (Art. 360 aOR).

[347] BGE *56* II 274, *57* II 328, *70* II 163, *82* II 143, *92* II 35 E. 3; Entscheid des Basler Appellationsgerichts vom 2. 2. 1940, SJZ 37, 1940/41, S. 287, Nr. 56; Entscheid des Berner Appellationshofes in Zivilsachen vom 29. 6. 1938, ZBJV 76, 1940, S. 33; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 360 OR; KUTTLER, S. 25.

[348] BGE *57* II 332; OSER/SCHÖNENBERGER, a. a. O.; KUTTLER, S. 25.

[349] BGE *82* II 143; vgl. SCHWARTZ, S. 41 f.

[350] BGE *57* II 332.

[351] BGE *56* II 274, *57* II 332, *70* II 163 E. 3 (auch in SJ 67, 1945, S. 113), *82* II 144, *92* II 36.

Artikels 340c OR hat, dieser Anlass jedoch keinen «wichtigen Grund» im Sinne des Artikels 337 OR darstellt. Anderseits ist ein «wichtiger Grund» im Sinne des Artikels 337 OR, der dem Arbeitgeber das Recht gibt, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, *immer* zugleich ein «begründeter Anlass» im Sinne des Artikels 340c OR, der das Konkurrenzverbot bestehen lässt[352].

Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber einen «begründeten Anlass» zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben, und besteht dieser Anlass in einem einzelnen spektakulären Versagen des Arbeitnehmers, so muss der Arbeitgeber bei Kenntnis dieser Tatsache auf den *nächsten ordentlichen Kündigungstermin* kündigen. Er kann sich bei späterer Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr auf diesen Grund berufen, denn in der Unterlassung der Kündigung auf den nächsten vertraglichen oder gesetzlichen Termin ist ein Verzicht auf die Geltendmachung dieses Grundes zu erblicken. Das Konkurrenzverbot bleibt nur bestehen, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten dem Arbeitgeber einen Grund zur Kündigung gegeben hat, d. h. wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr befriedigen kann. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Arbeitgeber die einmalige Verfehlung seines Untergebenen, der sich sonst nichts zuschulden kommen liess, nicht zum Anlass der Kündigung nimmt. Er kann sich deshalb auch später nicht mehr darauf berufen[353]. Anders, wenn der Kündigungsgrund nicht in einem einzigen Versagen, sondern in einem Dauerverhalten des Arbeitnehmers liegt (z. B. ständige Unzuverlässigkeit, schlechte Arbeitsmoral). Hier bilden alle einzelnen Fakten zusammen den Kündigungsgrund und alle sind mit relevant für die Bestimmung, ob ein «begründeter Anlass» vorliege. Der Richter wird

[352] BGE *41* II 114 E. 5; Oser/Schönenberger, N. 3 zu Art. 360 OR; Pidoux, S. 90.

[353] Vgl. BGE *82* II 145 f.; einen interessanten Fall hatte in diesem Zusammenhang das Bundesgericht in BGE *76* II 225 zu lösen: Der Arbeitnehmer hatte auf den nächsten ordentlichen Termin gekündigt, ohne dass ihm der Arbeitgeber dazu Grund gab. Schon bei Einreichung der Kündigung hatte der Arbeitnehmer den Vorsatz, das Konkurrenzverbot zu brechen. Vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses, aber nachdem der Arbeitnehmer bereits die Kündigung eingereicht hatte, gab der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer löste hierauf das Verhältnis fristlos auf. Das Bundesgericht führte zu Recht aus, der vorliegende Sachverhalt werde von Art. 340c Abs. 2 OR nicht erfasst. Diese Bestimmung wolle verhindern, dass der Arbeitgeber, welcher dem Arbeitnehmer die Weiterarbeit in seinem Betrieb verunmögliche, ihm auch noch eine anderweitige Betätigung erschwere. Dies treffe jedoch nicht zu, wenn der Vertrag bereits ordentlich gekündigt sei. Hier führe der nachträglich hinzutretende wichtige Grund lediglich zur Verkürzung der restlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses. Überdies würde es hier gegen Treu und Glauben verstossen, wenn man das Verbot dahinfallen liesse. Im Vorsatz des Arbeitnehmers, sich über das Konkurrenzverbot hinwegzusetzen, liege eine schwerwiegende Verletzung der Vertragstreue. Wer eine solche Einstellung zeige, dürfe nicht eine spätere Unkorrektheit der Gegenpartei zum Vorwand nehmen, um sich des Konkurrenzverbots zu entschlagen, das er bereits übertreten habe.

Falsch ist dagegen ein Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 26. 6. 1946 (ZR 45, 1946, S. 378, Nr. 207), wo das Gericht ein Konkurrenzverbot dahinfallen liess, weil der Arbeitgeber bis zum ordentlichen Kündigungstermin zugewartet hatte. Das Gericht erblickte darin einen Verzicht auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes. Wie erwähnt, ist es jedoch im Zusammenhang mit Art. 340c OR gleichgültig, ob das Arbeitsverhältnis durch fristlose Entlassung oder ordentliche Kündigung aufgelöst wird (vgl. die Kritik von Rb, S. 384).

also in diesem Fall nicht nur die Verfehlungen des Arbeitnehmers unmittelbar vor der Kündigung, sondern sein Verhalten während des ganzen Arbeitsverhältnisses berücksichtigen.

Im Zusammenhang mit Artikel 340c Absatz 2 OR ist es notwendig, dass der Arbeitnehmer vom Grund seiner Entlassung Kenntnis erhält, denn der Bestand oder Nichtbestand des Konkurrenzverbotes hängt von diesem Grund ab. Wird der Arbeitnehmer nicht informiert, so kann er in guten Treuen annehmen, er sei grundlos entlassen worden und demnach vom Konkurrenzverbot befreit. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer bösgläubig ist, d. h. wenn er die Gründe auch ohne Information durch den Arbeitgeber kennt. In diesem Fall darf er das Konkurrenzverbot nicht brechen und sich hernach auf das Stillschweigen des Arbeitgebers berufen[354].

Umstritten ist, ob das Konkurrenzverbot auch bestehen bleibt, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen eines *in der Person des Arbeitnehmers eingetretenen Zufalls* auflöst. Während Oser/Schönenberger und Becker den Weiterbestand des Verbotes annehmen, sprechen sich Verrey, Hemmeler, Lang und Pidoux gegen eine solche Lösung aus[355]. Becker begründet seine Ansicht damit, dass die eine Person treffenden Zufälle, zum Beispiel eine länger dauernde Krankheit, im Zweifel zum Gefahrenbereich dieser Person gehören[356]. Lang nimmt das Gegenteil an, weil eine Person nur zu verantworten habe, was sie hätte verhüten oder unterlassen können[357].

Die Materialien und der neue Gesetzestext sprechen eher für die Auffassung von Becker und Oser/Schönenberger. So wurde in der Expertenkommission der Antrag gestellt, den Begriff des Verschuldens nicht zu verwenden, denn «l'employé peut fort bien donner motif à résiliation sans qu'il y ait faute de sa part»[358]. Diesem Antrag folgte der Gesetzgeber, so dass heute (im Gegensatz zu Art. 360 Abs. 2 aOR) nicht mehr vom «Verschulden» die Rede ist. Eine Partei muss für den Zufall einstehen, entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer, und es scheint richtig, dass das diejenige ist, bei der der Zufall eintritt und zu deren Gefahrenbereich er demnach zählt. Dieser Grundsatz muss dann allerdings nicht nur gelten, wenn der Zufall den Gefahrenbereich des Arbeitnehmers betrifft, sondern auch wenn er denjenigen des Arbeitgebers beschlägt[359]. Auch die Ausführungen von Pidoux[360], wonach der Ordnung des Konkurrenzverbotes der Gedanke des

[354] BGE *70* II 163 E. 4; Kuttler, S. 25.
[355] Oser/Schönenberger, N. 4 zu Art. 360 OR; Becker, N. 4 zu Art. 360 OR; Verrey, S. 59; Hemmeler, S. 29; Pidoux, S. 101 f.; Lang, N. 2b zu Art. 360 OR.
[356] Becker, a. a. O.; falsch die Argumentation von Oser/Schönenberger, a. a. O., vgl. Kuttler, S. 26 f.
[357] Lang, a. a. O.
[358] Grisel (und Barde) in Protokoll der Expertenkommission, 7. Sitzung, 1960, S. 24.
[359] Vgl. hinten S. 94.
[360] Pidoux, S. 101.

Arbeitnehmerschutzes zugrunde liege und deshalb Artikel 340c OR einseitig zu dessen Gunsten auszulegen sei, schlagen nicht durch. Denn dieser Schutz ist schon durch die gesetzliche Regelung an sich verwirklicht, und er soll nicht bei der Auslegung nochmals erweitert werden. Die Regeln über das Konkurrenzverbot sind nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation auszulegen. Die von PIDOUX vertretene Auffassung könnte im Einzelfall zu stossenden Ergebnissen führen. Man darf nicht nur an den Fall denken, wo Krankheit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt. Es gibt auch andere, unverschuldete Gründe, so zum Beispiel die Unfähigkeit des Arbeitnehmers. Soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, der Einblick in wichtige Geschäftsgeheimnisse hatte, im Hinblick auf den Weiterbestand des Konkurrenzverbotes nicht entlassen dürfen, obwohl sich dieser in hohem Grade als unfähig erwiesen hat, die ihm zugewiesene Arbeit zu verrichten? Die Unfähigkeit braucht selbstverständlich nicht verschuldet zu sein. Deshalb ist es m. E. gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer wegen eines in dessen Person eingetretenen Zufalls entlässt, des Schutzes nicht verlustig geht, das Konkurrenzverbot somit bestehen bleibt.

In gewissen Fällen könnte dies nun allerdings zu Unbilligkeiten führen, wenn das Verbot vollumfänglich weiterbestände. In diesen Fällen wird der Richter eine «Teilung der Verantwortlichkeit» vornehmen[361]. Die Kompetenz dazu gibt ihm Artikel 340a Absatz 2 OR. Wird der Arbeitnehmer zum Beispiel wegen einer längeren Krankheit entlassen, so führt das Konkurrenzverbot viel eher zu einer unbilligen Erschwerung seines Fortkommens. Der Richter wird daher das Konkurrenzverbot unter Berücksichtigung *aller* Umstände, zu denen auch die Krankheit des Arbeitnehmers zählt, auf das der Billigkeit entsprechende Mass herabsetzen. So sucht man eine allseits befriedigende Lösung: einerseits Weiterbestand des Verbots, anderseits richterliche Ermässigung, wenn das Verbot den Arbeitnehmer zu sehr belasten würde[362].

Es ist selbstverständlich, dass der Arbeitgeber während der Sperrfristen des Artikels 336e OR auch keinen «begründeten Anlass» im Sinne des Artikels 340c OR geltend machen kann; die Kündigung ist nichtig, das Arbeitsverhältnis geht weiter und das Konkurrenzverbot wird gar nicht ausgelöst. Wenn jedoch der Arbeitnehmer die Kündigung annimmt, der Arbeit fernbleibt oder eine neue Stelle antritt, wird man von den Sperrfristen absehen und entscheiden müssen, ob an sich ein begründeter Anlass vorliege, und wenn ein solcher vorliegt, bleibt das Konkurrenzverbot bestehen. Hingegen sind natürlich die Gründe für die Schonzeit (Militärdienst, kurze Krankheit, Niederkunft, Hilfsaktionen des Arbeitnehmers: Art. 336e OR) keine «begründeten Anlässe» im Sinne des Artikels 340c OR[363].

[361] Vgl. BGE *44* II 414 f.
[362] In diesem Sinn KUTTLER, S. 27 f.
[363] Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N. 4 zu Art. 360 OR; BECKER, N. 4 zu Art. 360 OR.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Das Konkurrenzverbot bleibt bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nur bestehen, wenn ihm der Arbeitnehmer «begründeten Anlass» dazu gegeben hat. Dieser Anlass kann in einem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen, kann aber auch ein in dessen Person eingetretener Zufall sein. Allfällige Unbilligkeiten, die sich im letztgenannten Fall ergeben können, werden durch das richterliche Ermässigungsrecht des Artikels 340a Absatz 2 OR korrigiert. In allen anderen Fällen, d. h. bei grundloser Kündigung oder Kündigung aus Gründen, die der Arbeitgeber zu verantworten hat, fällt das Verbot dahin.

b) *Auflösung des Vertrags durch den Arbeitnehmer:* Das Konkurrenzverbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis «aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst» (Art. 340c Abs. 2 OR). Was vorne über den «begründeten Anlass» gesagt wurde, gilt mutatis mutandis auch hier. Gründe können hier zum Beispiel schlechte Arbeitsbedingungen, unwürdige Behandlung des Arbeitnehmers, Nichteinhalten von Versprechen, schlechte sanitäre Einrichtungen, Verweigerung einer angemessenen Gehaltserhöhung oder nicht fristgemässe Auszahlung des Lohnes sein[364].

Wie der Arbeitnehmer, so ist auch der Arbeitgeber für die in seiner Person eingetretenen Zufälle verantwortlich, d. h. kündigt der Arbeitnehmer aus einem solchen Grund, fällt das Verbot dahin. Solche Umstände sind zum Beispiel wesentlich uninteressanter gewordene Arbeit wegen schlechten Geschäftsganges, Automation usf. Ob der Arbeitnehmer das Vertragsverhältnis fristlos oder durch ordentliche Kündigung auflöst, spielt auch hier keine Rolle[365]. Im übrigen sei auf die Ausführungen unter a) verwiesen.

Kündigt der Arbeitnehmer aus einem solchen, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass, fällt das Konkurrenzverbot dahin, denn der Arbeitnehmer soll nicht beschwert werden durch ein Verschulden oder einen anderen Umstand, den der Arbeitgeber zu verantworten hat. Kündigt der Arbeitnehmer grundlos oder aus einem Grund, den er selbst zu verantworten hat, bleibt das Konkurrenzverbot dagegen aufrecht.

c) *Besondere Fälle:* Erlischt das Arbeitsverhältnis nicht wegen Kündigung durch eine Partei, sondern aus anderen Gründen (z. B. Zeitablauf, Vereinbarung), so bleibt das Konkurrenzverbot bestehen, denn es handelt sich nicht um eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch eine Partei, wie sie Artikel 340c Absatz 2 OR voraussetzt und die Parteien können mit diesen Umständen rechnen, wenn sie die Konkurrenzklausel vereinbaren[366].

Trifft beide Parteien ein Verschulden an der Auflösung des Arbeitsverhält-

[364] Vgl. Schwartz, S. 41 f.; BGE *82* II 143.
[365] Oser/Schönenberger, N. 7 zu Art. 360 OR.
[366] Vgl. Oser/Schönenberger, N. 9 zu Art. 360 OR; Becker, N. 6 zu Art. 360 OR.

nisses, wird der Richter auf die Schwere des beidseitigen Verschuldens abstellen. Trifft den Arbeitgeber das grössere Verschulden, wird das Konkurrenzverbot dahinfallen; liegt das grössere Verschulden auf seiten des Arbeitnehmers, bleibt das Konkurrenzverbot aufrecht, wobei der Richter dem Mitverschulden des Arbeitgebers durch eine Herabsetzung des Umfanges des Konkurrenzverbots (Art. 340a Abs. 2 OR) Rechnung tragen kann[367].

K. Das Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung

Entgegen den Wünschen der Arbeitnehmerverbände[368] hat der schweizerische Gesetzgeber auch im neuen Arbeitsvertragsrecht davon abgesehen, das Konkurrenzverbot von einer Gegenleistung des Arbeitgebers abhängig zu machen. Die Regelung dieser Frage wollte man den Gesamtarbeitsverträgen überlassen. Es wurde mit Recht erklärt, die in Artikel 340a OR vorgesehene zeitliche Beschränkung des Konkurrenzverbots und die Anweisung an den Richter, eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers beim Entscheid über den zulässigen Umfang des Verbots zu berücksichtigen, verhindere es bereits, dass «das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers ohne eine entsprechende Gegenleistung des Arbeitgebers in unbilliger Weise erschwert» werde[369].

Verspricht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine vertragliche Entschädigung[370] als Gegenleistung für die Einhaltung des Konkurrenzverbots, so schuldet jener nicht nur für das Arbeitsverhältnis, sondern auch für das Konkurrenzverbot eine Gegenleistung[371]. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welchen Einfluss die Entschädigung auf die Anwendung der Artikel 340 ff. OR habe.

1. Anwendung der Artikel 340–340c OR auf sog. zweiseitige Konkurrenzverbote

Die Regeln der Artikel 340–340c OR zielen darauf ab, dem Arbeitnehmer als der schwächeren Vertragspartei besonderen Schutz zu gewähren. Das Schutzbedürfnis besteht auch bei einem Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung des Arbeitnehmers, jedenfalls dann, wenn die Entschädigung kleiner ist als der bis anhin bezogene und bei Weiterarbeit noch zu erwartende Lohn. Das Verbot hindert den Arbeitnehmer, seine Kenntnisse und Erfahrungen zu verwerten

[367] Oser/Schönenberger, N. 10 zu Art. 360 OR; Becker, N. 7 zu Art. 360 OR; dagegen hat der Richter bei überwiegendem Verschulden des Arbeitgebers keine Möglichkeit, das Verbot teilweise aufrechtzuerhalten, wie dies offenbar Becker annimmt. Denn hier fällt das Verbot dahin und der Richter kann es nicht «heraufsetzen».

[368] Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 309 f.

[369] Botschaft BR 1967, S. 159.

[370] Die in einem höheren Lohn während des Arbeitsverhältnisses, in einer einmaligen Entschädigung oder in der Weiterzahlung des vollen oder teilweisen Lohnes nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehen kann.

[371] BGE *78* II 240; Brenneisen, S. 154 f.

und sich eine bessere Stellung im durch das Verbot umfassten Bereich zu erwerben[372]. Sogar bei Weiterzahlung des vollen Lohnes bedarf der Arbeitnehmer des Schutzes, denn es ist möglich, dass nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses weit höhere Löhne bezahlt werden oder dass die Entwicklung auf einem bestimmten Gebiet so rasch vor sich geht, dass der Arbeitnehmer, wenn er sein bisheriges Tätigkeitsgebiet verlassen muss, den Anschluss an seinen angestammten Beruf für immer verliert und auf einen anderen Beruf hinüberwechseln muss.

Weil der Arbeitnehmer auch bei einem Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung schutzbedürftig ist, sind die Regeln der Artikel 340–340c OR grundsätzlich auch auf die entgeltlichen Konkurrenzverbote anzuwenden[373]. Es ist im folgenden zu untersuchen, welchen Einfluss die Abrede einer Gegenleistung auf die Anwendung dieser Regeln hat.

2. Der Einfluss auf die Gültigkeitsvoraussetzungen des Konkurrenzverbots

Auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine besondere Entschädigung für die Einhaltung des Konkurrenzverbots vereinbaren, ist dieses nur gültig, wenn der Arbeitgeber ein erhebliches Interesse am Verbot hat. Das trifft bloss dann zu, wenn der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte und die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers durch die Verwendung dieses Einblicks besteht (Art. 340 Abs. 2 OR)[374]. Fehlt es an dem genannten Interesse des Arbeitgebers, so ist das Konkurrenzverbot ungültig, und an sich fällt damit auch der Anspruch des Arbeitnehmers auf die vereinbarte Entschädigung dahin. In der Praxis wird der Arbeitgeber allerdings kaum ein Konkurrenzverbot mit Gegenleistung vereinbaren, wenn er nur geringes Interesse am Verbot hat. Hält sich indessen der Arbeitnehmer an ein ungültiges Konkurrenzverbot in der (unrichtigen) Annahme, dieses sei gültig, und macht ihn der Arbeitgeber nicht auf die Ungültigkeit aufmerksam, so ist dieser trotz Voraussetzungsmangels verpflichtet, die Entschädigung weiterzubezahlen. Das Konkurrenzverbot wäre trotz Fehlens einer Voraussetzung keineswegs nichtig, denn es besteht kein öffentliches Interesse an einer Nichtigerklärung, wenn der Arbeitnehmer das Verbot einhalten will. Deshalb gilt trotz Voraussetzungsmangels die vertragliche Abmachung auf Entschädigung, solange der Arbeitnehmer die Ungültigkeit nicht geltend macht (vgl. auch hinten 5 a).

Der Handlungsunfähige muss auch geschützt werden, wenn er eine Entschädigung erhält; auch beim Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung muss der Arbeitnehmer beim Abschluss des Vertrages handlungsfähig sein (Art. 340 Abs. 1 OR).

[372] KUTTLER, S. 29; BRENNEISEN, S. 157.

[373] BGE *78* II 234 E. 2a; dies ergibt sich auch aus Art. 340a OR, der eine Gegenleistung ausdrücklich beim Umfang des Verbots berücksichtigt haben will.

[374] BRENNEISEN, S. 164 ff.; Näheres über die Gültigkeitsvoraussetzungen vgl. vorne III B.

Die Schriftlichkeit (Art. 340 Abs. 1 OR) schützt den Arbeitnehmer vor übereiltem Vertragsschluss. Dieser Schutz ist ebenfalls beim gegenseitigen Konkurrenzverbot notwendig. Ein Unterschied ergibt sich aus Artikel 13 OR, indem bei vertraglicher Entschädigung des Arbeitnehmers beide Parteien durch die Konkurrenzklausel verpflichtet sind; daher ist der Vertrag hier von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterzeichnen[375].

3. Der Einfluss auf den Umfang des Konkurrenzverbots und auf die richterliche Einschränkungsbefugnis

Absatz 2 des Artikels 340a OR weist den Richter ausdrücklich an, beim Entscheid über eine Ermässigung des Konkurrenzverbotes eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Die Karenzentschädigung kann dem Richter einerseits Anhaltspunkte für das Interesse des Arbeitgebers am Konkurrenzverbot geben[376]; anderseits kann die Gegenleistung die an sich «unbillige» Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ganz oder teilweise aufheben. Erfordern die Interessen des Arbeitgebers ein umfassendes Konkurrenzverbot, welches das Fortkommen des Arbeitnehmers an sich «unbillig erschweren» würde, so wird er gut daran tun, dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung zu gewähren, die diese besondere Erschwerung des Fortkommens ungefähr aufwiegt. In gewissen Industriezweigen, deren Arbeitnehmer hoch spezialisiert sind, wie zum Beispiel in der chemischen Industrie, ist eine Gegenleistung schon heute üblich; denn gerade bei spezialisierten Berufen hindert das Konkurrenzverbot den Arbeitnehmer oft in recht schwerwiegender Weise in seinem Fortkommen[377].

Selbst wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, während der Dauer des Konkurrenzverbots den vollen Lohn weiterzubezahlen, ist damit keineswegs gesagt, dass ein unbeschränktes Konkurrenzverbot zulässig wäre[378]. Auch bei Weiterzahlung des vollen Lohnes sind die Artikel 340 ff. OR grundsätzlich anwendbar, und beim Entscheid der Frage, ob das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert werde, ist nicht allein die Höhe der Gegenleistung zu berücksichtigen[379]. Ein sehr weit gefasstes oder sogar beinahe unbeschränktes Konkurrenzverbot liefe darauf hinaus, dass dem Arbeitnehmer die Ausübung seines Berufes verwehrt würde und wäre damit schon unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes, der in den Artikeln 340 ff. OR seine besondere Ausprägung gefunden hat, unzulässig[380].

[375] Man könnte sich allerdings auch auf den Standpunkt stellen, der Schutzzweck treffe nur auf den Arbeitnehmer zu und den Arbeitgeber brauche man kaum vor Übereilung zu schützen, auch wenn er eine Entschädigung verspreche.

[376] Brenneisen, S. 172.

[377] Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, S. 309 f.; BGE *78* II 230.

[378] Oser/Schönenberger, N. 1 zu Art. 357 OR.

[379] Vgl. vorne III E.

[380] BGE *56* II 54; Oser/Schönenberger, a.a.O.

Ausserdem hat der Arbeitnehmer immer die Möglichkeit, den Lohn zu verbessern, und auch der moralische Wert des Arbeitens ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Wie weit das Konkurrenzverbot im Einzelfall gehen darf und nach welchen Kriterien es der Richter allenfalls einzuschränken hat, wurde bereits ausgeführt[381].

4. Der Einfluss auf die Folgen der Übertretung des Konkurrenzverbotes

a) Die Gegenleistung ist in diesem Zusammenhang vor allem bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe nach Artikel 163 Absatz 3 OR zu berücksichtigen, denn der Richter hat dabei auch auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien Rücksicht zu nehmen[382].

Es verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben und stellt ein besonders verwerfliches Verhalten dar, wenn der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot übertritt, obschon er vom Arbeitgeber eine hohe Gegenleistung erhält. Die Realexekution nach Artikel 340b Absatz 3 OR wird deshalb eher zulässig sein als beim einseitigen Konkurrenzverbot.

Im weiteren stellt die Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer die Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht dar; der Arbeitgeber ist daher seinerseits von der Weiterzahlung der Gegenleistung frei[383]. Bereits erbrachte Gegenleistungen kann der Arbeitgeber nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen (Art. 62 ff. OR)[384]. Verlangt der Arbeitgeber Realexekution nach Artikel 340b Absatz 3 OR, und dringt er mit diesem Begehren durch, so wird dadurch die Erfüllung des Konkurrenzverbots wieder möglich und der Arbeitgeber ist seinerseits im Falle der Erfüllung wieder verpflichtet, die geschuldete Gegenleistung zu erbringen[385].

b) *Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht nach,* so gerät er in Verzug und muss Verzugszinse bezahlen (Art. 104 OR). Der Arbeitnehmer kann ihm eine angemessene Frist zur Erfüllung ansetzen (Art. 107 OR). Lässt der Arbeitgeber diese Frist verstreichen, ohne seine Gegenleistung zu erbringen, so kann der Arbeitnehmer nach Artikel 107 Absatz 2 OR immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen; er kann nach seiner Wahl auch auf die nachträgliche Leistung des Arbeitgebers verzichten und entweder vom Vertrag zurücktreten oder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen. Klagt der Arbeitnehmer auf Erfüllung, bleibt das Konkurrenzverbot bestehen, und er ist weiterhin an seine Unterlassungspflicht gebunden. Verzichtet der Arbeitnehmer auf die nachträgliche Erfüllung, so fällt der Vertrag dahin, der Arbeitgeber ist

[381] Vgl. vorne III F.
[382] BGE *51* II 162; Scherrer, S. 27.
[383] Brenneisen, S. 181.
[384] Oser/Schönenberger, N. 8 zu Art. 359 OR.
[385] Brenneisen, S. 182.

von der weiteren Zahlung der Entschädigung entbunden und der Arbeitnehmer ist in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit wieder frei[386]. Dies gilt auch, wenn und soweit ein Konkurrenzverbot ohne Entschädigung Bestand hätte. Denn im erwähnten Fall hat der Arbeitnehmer das Verbot nur unter der Voraussetzung der Entschädigung abgeschlossen, d.h. die Gegenleistung des Arbeitgebers war für ihn ein wichtiger Teil des Vertrags.

5. Der Einfluss auf den Wegfall des Konkurrenzverbots

a) *Mangelndes Interesse und Verzicht des Arbeitgebers:* Das einseitige Konkurrenzverbot fällt nach Artikel 340c Absatz 1 OR dahin, wenn der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten[387].

Verzichtet der Arbeitgeber ausdrücklich auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer, widerspräche es den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, wenn jener sich durch diese einseitige Willenserklärung auch von seiner Pflicht zur Leistung der Entschädigung befreien könnte[388]. Der Arbeitnehmer, der sich trotz dem Verzicht des Arbeitgebers an das Konkurrenzverbot halten will, hat einen Anspruch darauf, dass ihm die vereinbarte Entschädigung bezahlt wird[389]. Hält er sich nach dem Verzicht des Arbeitgebers nicht an das Verbot, kann er natürlich die Entschädigung nicht beanspruchen, weil er dann konkludent zustimmt und seinerseits nicht erfüllt.

Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse mehr hat, aber nicht ausdrücklich auf das Konkurrenzverbot verzichtet. Der Artikel 340c Absatz 1 OR besagt seinem Sinn nach bloss, dass der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Einhaltung des Konkurrenzverbots hat, wenn das (ursprünglich vorhandene) erhebliche Interesse weggefallen ist. Es ist dagegen nicht Meinung des Gesetzgebers, dass es dem Arbeitnehmer beim sog. zweiseitigen Konkurrenzverbot verwehrt wäre, das Verbot einzuhalten und die vereinbarte Gegenleistung zu verlangen. Nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber hat es zu vertreten, wenn nachträglich das erhebliche Interesse wegfällt. Der Arbeitgeber kann sich also nicht unter dem Vorwand, er habe kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots, von der Zahlung der Karenzentschädigung befreien[390].

Hingegen entspricht es dem Sinn und Zweck des Artikels 340c Absatz 1 OR, dass der Arbeitnehmer sich vom Konkurrenzverbot befreien kann, indem er nachweist, dass der Arbeitgeber kein erhebliches Interesse mehr hat[391]. In diesem

[386] Im übrigen gelten die gleichen Regeln wie beim unentschädigten Konkurrenzverbot, vgl. vorne III G.
[387] Vgl. vorne III J 2.
[388] BGE *78* II 239; KUTTLER, S.28; BRENNEISEN, S.187.
[389] Entscheid des Basler Appellationsgerichts vom 21.11.1947, SJZ 45, 1949, S.271.
[390] SJZ 45, 1949, S.271, E.3.
[391] Vgl. vorne III J 2.

Fall beruft sich der Arbeitnehmer zu Recht auf die Unverbindlichkeit des Verbots, und damit gilt der Vertrag nicht für die beiden Parteien.

Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob es zulässig sei, dass sich der Arbeitgeber im Konkurrenzverbot vertraglich ein Verzichtsrecht ausbedinge, wenn er sich grundsätzlich verpflichtet habe, dem Arbeitnehmer den vollen Lohn weiterzubezahlen[392]. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hatte das Verzichtsrecht als ungültig erklärt, weil das Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung ein arbeitsvertragsähnliches Verhältnis darstelle und sich daher eine direkte Anwendung des Artikels 336 Absatz 2 OR (Verbot ungleicher Kündigungsfristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer) rechtfertige. Das Bundesgericht hob dieses Urteil auf. Mit Recht führte es aus, das Konkurrenzverbot sei kein arbeitsvertragsähnliches Verhältnis, weil gerade das begriffswesentliche Merkmal des Arbeitsvertrags, die Arbeitsleistung, fehle, und weil das Arbeitsverhältnis mit dem Inkrafttreten des Konkurrenzverbotes bereits untergegangen sei. Im weiteren sei Artikel 336 Absatz 2 OR eine Vorschrift zum Schutze des Arbeitnehmers, der noch im Arbeitsverhältnis stehe. Der Schutz des Arbeitnehmers gegen ein Konkurrenzverbot für die Zeit nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses werde dagegen durch die Artikel 340 bis 340c OR gewährleistet. Das einseitige Verzichtsrecht des Arbeitgebers bewirke keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausser im Falle, wo jener ohne angemessene Kündigungsfrist verzichten könnte und der Arbeitnehmer in die Lage käme, von einem Tag auf den andern eine Stelle suchen zu müssen und vom früheren Arbeitgeber keine Entschädigung mehr erhielte[393]. Ob der Richter in diesem Fall die Möglichkeit habe, die Kündigungsfrist des Konkurrenzverbots in Anwendung von Artikel 340a OR zu erstrecken, liess das Bundesgericht offen. Dies entspräche sicher dem Sinn und Zweck des Gesetzes und den Interessen der Parteien. Denn auch die Frist, mit der der Arbeitgeber das entgeltliche Konkurrenzverbot kündigen kann,ist mit ein Faktor für den Entscheid, ob das Fortkommen des Arbeitgebers unbillig erschwert sei, und die unbillige Erschwerung kann hier nur durch die Erstreckung der Kündigungsfrist des Verbotes verhindert werden.

b) *Vom Arbeitgeber zu verantwortende Vertragsauflösung:* Artikel 340 Absatz 2 OR bestimmt, das Konkurrenzverbot falle dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündige, ohne dass ihm der Arbeitnehmer begründeten Anlass gegeben habe, oder wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu verantwortenden Grund auflöse. Die Regel will verhindern, dass der Arbeitgeber durch unbegründete Auflösung des Arbeitsverhältnisses die

[392] BGE *78* II 230.

[393] BGE *78* II 240 f.; so auch Briner, Protokoll der Expertenkommission, 7. Sitzung, 1960, S. 26; Brenneisen, S. 194 ff.; a. M. ohne Begründung Pidoux, S. 103.

Wirksamkeit des Konkurrenzverbots auslösen kann oder dass dieses auch gilt, wenn er den Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verantworten hat.

Wie bereits festgestellt wurde, kann eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers auch bei Vereinbarung einer Entschädigung eintreten. Deshalb ist der Artikel 340c Absatz 2 OR grundsätzlich auch auf das Konkurrenzverbot mit Gegenleistung anwendbar. Deshalb kann sich der Arbeitgeber die Wirkung des Konkurrenzverbotes nicht durch Zahlung der Entschädigung «erkaufen», wenn er durch sein Verschulden oder einen bei ihm eintretenden Zufall Anlass zu Auflösung des Arbeitsverhältnisses gab[394]. Auf seiten des Arbeitnehmers liegt die Sache anders. Die Vorschrift des Artikels 340c OR gehört zu den relativ zwingenden; daraus und aus dem Zweck der Bestimmung (Schutz des Arbeitnehmers) ist zu schliessen, dass der Arbeitnehmer bei einem Konkurrenzverbot mit vertraglicher Entschädigung ein Wahlrecht zwischen Einhaltung des Verbots und Empfang der Gegenleistung einerseits und Befreiung vom Verbot und Verzicht auf die Gegenleistung anderseits haben soll, wenn das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu verantwortenden Grund aufgelöst wird[395]. Es widerspräche den allgemeinen Regeln des gegenseitigen Vertrags, wenn sich der Arbeitgeber aus einem von ihm zu verantwortenden Grund von der Pflicht zur Zahlung der Entschädigung befreien könnte, und es würde den Zweck des Artikels 340c Absatz 2 OR in sein Gegenteil verkehren[396]. Je nach Umfang der Gegenleistung und Lage auf dem Arbeitsmarkt kann es im Interesse des Arbeitnehmers liegen, das Konkurrenzverbot trotz Verantwortung des Arbeitgebers für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses einzuhalten und dafür die Gegenleistung zu empfangen, oder es kann ihm daran gelegen sein, vom Konkurrenzverbot frei zu sein und keine Gegenleistung zu erhalten. Entscheidet er sich für die Befreiung vom Konkurrenzverbot, so hat das auch den Untergang der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Folge. Kommt der Arbeitnehmer seiner Unterlassungspflicht nach, hat er Anspruch auf die Entschädigung[397].

6. Einzelfragen

a) *Das anzurechnende neue Arbeitseinkommen:* In der Praxis wird als Karenzentschädigung meist ein Teil des Lohnes oder der volle Lohn weiterbezahlt. Was geschieht in diesen Fällen, wenn der Arbeitnehmer während der Karenzzeit eine neue Stelle antritt und dort ebenfalls ein Einkommen erzielt? Kann dieses Einkommen von der Karenzentschädigung abgezogen werden, oder muss diese weiterhin voll ausbezahlt werden?

[394] Vgl. KUTTLER, S. 29; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 11 zu Art. 360 OR.
[395] Vgl. zu einer ähnlichen Sachlage vorne S. 99.
[396] KUTTLER, S. 30; BRENNEISEN, S. 200; Basler Appellationsgericht in SJZ 45, 1949, S. 271.
[397] KUTTLER, S. 31; BRENNEISEN, S. 201.

Nach schweizerischem Recht ist die Karenzentschädigung nicht obligatorisch. Sie ist deshalb auch nicht gesetzlich geregelt. Die Lösung muss daher in erster Linie durch Auslegung des jeweiligen Vertrages gefunden werden. Ist dem Vertrag nichts zu entnehmen, gilt folgendes: Der Zweck der Karenzentschädigung besteht darin, eine Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers, der zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet ist, auszugleichen. Sobald der Arbeitnehmer in einer neuen Stellung den gleichen oder einen höheren Lohn als früher erhält, wird sein Fortkommen in der Regel nicht mehr erschwert sein, es wäre denn anzunehmen, der Arbeitnehmer hätte ohne das Konkurrenzverbot eine (noch) bessere Stelle finden können. Aus diesem Grund hat der frühere Arbeitgeber in der Regel die Karenzentschädigung nur in dem Umfang zu bezahlen, als sie zusammen mit dem neuen Einkommen des Arbeitnehmers den Betrag erreicht, den sich der Arbeitnehmer ohne das Bestehen des Konkurrenzverbotes erarbeiten könnte[398]. Dies ist anzunehmen, wenn die vertragliche Abmachung nicht ausdrücklich dagegen spricht.

Zur Frage, welche Arten von Einkommen anzurechnen sind und welche nicht, gibt es eine reiche deutsche Praxis[399]. Darnach ist in der Regel nur die fixe Besoldung anzurechnen, dagegen sind Nebeneinkommen oder einmalige Bezüge wie Gratifikationen[400] nicht abzugsfähig.

b) Ein interessantes Problem, das wohl auch den Schweizer Richter über kurz oder lang beschäftigen wird, hat das deutsche Handelsgesetzbuch ausdrücklich geregelt[401]. Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn als Karenzentschädigung weiter, und nimmt dieser «böswillig» keine neue Stellung an, obschon Stellen, die seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprächen, offen sind, so fällt sein Anspruch auf die Karenzentschädigung dahin. Der Schweizer Richter wird auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung mit den Regeln von Art. 2 ZGB, Art. 324 Abs. 2 und 257 Abs. 2 OR und der Praxis zu Artikel 43 OR (Pflicht zur Kleinhaltung des Schadens) zur selben Lösung gelangen. Es wäre rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer eine neue Stelle, die seinen Fähigkeiten und Neigungen entspricht, nicht annähme und so den früheren Arbeitgeber zahlen lassen, sich selber aber dem Nichtstun hingeben könnte.

[398] Dies ist im deutschen HGB § 74c ausdrücklich vorgeschrieben, allerdings ist auch die Gegenleistung obligatorisch (§ 74 Abs. 2 HGB)

[399] Z. B. zwei neue Entscheide des Bundesarbeitsgerichts vom 18.11.1967 und 16.5.1969, Fundheft für Arbeitsrecht 1970, Nr. 2555 (S. 120) und Nr. 2562 (S. 121)

[400] Sofern kein fester Rechtsanspruch darauf besteht.

[401] Vgl. die Regeln der §§ 74 ff. HGB.

L. Das Konkurrenzverbot im Konzern und in anderswie verbundenen Unternehmen sowie in Verbänden, Kartell-Syndikaten und dergleichen

1. Problemstellung

Immer mehr Unternehmen schliessen sich vertraglich oder bzw. und gesellschaftsrechtlich zusammen, um ihre Existenz zu sichern und den Ertrag zu steigern. Diese Unternehmenszusammenschlüsse sind verschiedenartig, wobei hier nur Fälle interessieren, in denen der Zusammenschluss verschiedene Rechtspersonen bestehen lässt (zur Fusion, Geschäftsübernahme und dergleichen siehe vorne III C 1).

Bei solchen Verbindungen stellt sich die Frage, ob ein Arbeitgeber dem von ihm angestellten Arbeitnehmer auch eine Tätigkeit verbieten könne, die zwar nicht ihm persönlich schadet, jedoch zu einer Konkurrenzierung eines mit ihm verbundenen Unternehmens, welches rechtlich selbständig ist, führt. Und kann ein Unternehmer oder ein Verband seinem Arbeitnehmer durch ein Konkurrenzverbot die Verwendung von Geheimnissen verbieten, die der Arbeitnehmer nicht bei ihm, sondern durch seinen Einblick in rechtlich fremde, mit dem Arbeitgeber verbundene Unternehmungen oder in Verbandsmitgliedfirmen erfahren hat?

Als Beispiel sei eine Unternehmung angeführt, die Spezialmaschinen herstellt, wobei Vertrieb und Service je durch eine rechtlich selbständige Tochtergesellschaft besorgt werden. Kann einem Fachmann, der im Service tätig war, untersagt werden, nach seinem Ausscheiden in einer andern Unternehmung im Vertrieb gleichartiger Maschinen tätig zu sein?[402].

Die Frage ist von Bedeutung, weil viele Unternehmen ein eminentes Interesse an derartigen Konkurrenzverboten haben und anderseits Artikel 340 OR das Konkurrenzverbot nur auf die Tätigkeit bezieht, die den Arbeitgeber schädigen könnte, und nur auf Geschäfte, die mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb stehen.

Vorauszustellen ist, dass die Konkurrenzklausel nur dann auch zugunsten rechtlich fremder Unternehmen gelten kann, wenn dies ausdrücklich stipuliert wurde[403].

2. Formen der Zusammenfassung von Unternehmen und Zulässigkeit des Konkurrenzverbots

Wie gesagt, interessiert hier nur die Unternehmenszusammenfassung, bei der die einzelnen Betriebe ihre rechtliche Selbständigkeit bewahren. Sind die Unternehmen derart verbunden, dass sie eine rechtliche Einheit bilden, ist das Konkurrenzverbot in jedem Fall zulässig, soweit der Arbeitnehmer Einblick hat und soweit die übrigen Voraussetzungen der Artikel 340 ff. OR erfüllt sind.

[402] KRACHT, Betriebs-Berater 1970, S. 584.
[403] KRACHT, a.a.O.

a) *Zusammenfassung durch kapitalmässige Beteiligung:* Die Beteiligung ist wohl die wichtigste Form der Unternehmenszusammenfassung. Als Gegenstand der Beteiligung kommen sowohl Kapital- wie Personengesellschaften in Frage. Die Beteiligung gewährt ihrem Inhaber das Stimmrecht in der betreffenden Gesellschaft, sodass er ihre Geschicke (bei einer gewissen Grösse der Beteiligung) selbst mitbestimmen kann.

Die Beteiligung kann verschieden stark sein. Rechtlich gesehen ist schon jedes einzelne Anteilsrecht einer Gesellschaft eine «Beteiligung». In der Praxis hat sich jedoch herausgebildet, dass als «Beteiligung» nur gelten Aktien und Anteile an einer Gesellschaft, die ihrem Inhaber einen Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens geben (in Deutschland, wenn sie mehr als einen Viertel des Kapitals der betreffenden Gesellschaft erreichen, ausdrücklich in § 152 Abs. 2 des deutschen Aktiengesetzes).

Durch eine Mehrheitsbeteiligung verschafft sich der Inhaber der Beteiligung die Möglichkeit, die Untergesellschaft vollständig zu beherrschen, ohne einen Vertrag abschliessen zu müssen. Bei einer solchen Mehrheitsbeteiligung wird man es im Zweifel mit einem Konzern zu tun haben[404], bei dem Mutter- und Tochtergesellschaft *unter einheitlicher Leitung* stehen. Das hat zur Folge, dass der Geschäftsgang der Tochter- wesentlich von der Muttergesellschaft bestimmt wird.

Aus diesem Tatbestand haben sich die *Holdinggesellschaften* gebildet, deren ausschliesslicher oder wesentlicher Zweck Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen ist.

Bei all diesen Mehrheitsbeteiligungen kann die Mutter- ihre Tochtergesellschaft leiten, indem sie mit ihrem Stimmrecht deren Organe selbst bestimmen kann und durch sie ihre Macht ausübt[405].

Bei allen durch Beteiligung verbundenen Gesellschaften ist es möglich, dass der Arbeitnehmer, der bei der Muttergesellschaft angestellt ist, Einblicke in Geheimnisse der Tochter-, der Arbeitnehmer der Tochter- Einblick in Geheimnisse der Mutter- oder einer Schwestergesellschaft hat.

Als Beispiel sei eine Gesellschaft erwähnt, wo die Muttergesellschaft nur Forschung und Entwicklung betreibt, die Fabrikation und der Vertrieb der Güter jedoch bei verschiedenen Tochtergesellschaften liegt. Kann ein Angestellter der Muttergesellschaft, der in der Forschung tätig ist, austreten und eine eigene Firma gründen, die gleiche Güter produziert und vertreibt, weil er dadurch ja nicht direkt den früheren Arbeitgeber, sondern nur dessen Tochtergesellschaften konkurrenziert, oder kann auch diese Art der Konkurrenz durch die Konkurrenzklausel untersagt werden?

Ausgangspunkt muss die Feststellung sein, dass ein Konkurrenzverbot der be-

[404] Rasch, S. 41.
[405] Würdinger, S. 194.

schriebenen Art zulässig wäre, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft rechtlich eine Einheit, eine juristische Person bildeten. Hängt nun der zulässige Umfang des Konkurrenzverbots davon ab, ob ein Unternehmen alle Geschäfte selbst besorgt oder ob es dazu auch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften einschaltet?

Konkurrenzverbote sind im allgemeinen zulässig und finden ihre Schranken nur im Persönlichkeitsschutz des Artikels 27 ZGB. Die Artikel 340 ff. OR bilden eine Konkretisierung dieser Bestimmung[406]. Der verstärkte Schutz der Artikel 340 ff. OR gegenüber der Praxis zu Artikel 27 ZGB findet seinen Grund in der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, dessen einziges wirtschaftlich verwertbares Gut in der Regel die Arbeitskraft ist[407]. Ein anderer Zweck als der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers liegt den Artikeln 340 ff. OR nicht zugrunde.

So wäre wohl im Hinblick auf die Artikel 340 ff. OR nicht unbedingt erforderlich, dass das Konkurrenzverbot nur zugunsten des Arbeitgebers vereinbart wird, sofern es sich an die übrigen Grenzen dieser Artikel hält. Eine dieser sachlichen Grenzen ist jedoch, dass das Verbot auf die Verwertung des Einblicks in Kundenkreis oder Geschäftsgeheimnisse beschränkt ist und diese Verwertung überdies nur untersagt werden darf, wenn dadurch der Arbeitgeber erheblich geschädigt werden könnte.

Es stellt sich somit die Frage, ob gerade im Hinblick auf das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot von der rechtlichen Selbständigkeit der Unternehmen abgesehen werden dürfe. Das Bundesgericht hat diesen sog. «Durchgriff» zugelassen in Fällen, wo es offenbar rechtsmissbräuchlich war, sich auf die juristische Selbständigkeit zu berufen[408]. Sowohl das Bundesgericht wie die herrschende Lehre[409] haben jedoch den «Durchgriff» immer nur Dritten gewährt, während sich beherrschende und beherrschte Unternehmungen bei der von ihnen gewählten Organisationsform behaften lassen müssen[410].

Ist das Arbeitsverhältnis so geartet, dass damit notwendigerweise auch der Einblick in Kundenkreis und Geschäftsgeheimnisse Dritter verbunden ist, sollte jedoch nichts im Wege stehen, das Konkurrenzverbot auch darauf auszudehnen. Geht man mit der herrschenden Lehre davon aus, dass die juristische Person ein reines Zweckmässigkeitsgebilde ist, das nicht absolut selbständig oder «kein Ausgangspunkt rechtlicher Begründungen, sondern nur das Schlussergebnis induktiver Betrachtungen»[411] ist, so wird man gerade im Hinblick auf die dargestellte Sachlage von der Selbständigkeit der juristischen Person absehen und das Kon-

[406] BGE *56* II 442.
[407] BGE *92* II 24, 26, 35.
[408] BGE *71* II 272 ff., *81* II 455 ff., *86* II 180.
[409] BGE *72* II 77; MERZ, N. 290 zu Art. 2 ZGB.
[410] MERZ, a.a.O.
[411] MÜLLER-FREIENFELS, zit. bei MERZ, N. 287 zu Art. 2 ZGB.

kurrenzverbot auch zugunsten Dritter zulassen, sofern der Arbeitnehmer Einblick in deren Geschäftsgang hat und soweit sich das Verbot an die sachlichen Grenzen der Artikel 340 ff. OR hält, denn «der Wettbewerb umfasst stets das Unternehmen als Ganzes. Wenn die Tochtergesellschaft Wettbewerbspartei ist, ist es daher auch das Mutterunternehmen (...) und umgekehrt»[412].

b) *Zusammenfassung durch Vertrag oder Mitgliedschaft in einem gemeinsamen Verband*

aa) *Kartell:* Das Kartell entsteht durch einen Vertrag zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, womit sie den Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt regeln (z.B. Festsetzung der Ankaufs- oder Verkaufspreise, Aufteilung des Marktes, gemeinsamer Einkauf).

Die höchste Stufe kartellmässiger Organisation ist das *Syndikat*. Die dem Kartell angeschlossenen Unternehmen gründen hier eine neue juristische Person, die den Absatz der Produkte aller beteiligten Unternehmen besorgt.

bb) *Verbände* von Unternehmungen (Berufsverbände) können Dienstleistungen erbringen (z.B. Forschung, Computer, Rechnungswesen), welche den Verbandsfunktionären Einblicke geben, deren Verwertung Mitgliedsfirmen schaden kann, um derentwillen die Dienste gerade geleistet werden.

Auch bei diesen vertraglichen Zusammenschlüssen stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer des Verbandes oder der Syndikatsstelle, der Einblick in Geheimnisse oder Kundenkreis der Verbandsmitglieder bzw. der Kartellunternehmen hat, durch die Konkurrenzklausel untersagt werden kann, all diese Geheimnisse zu verwerten und weder zum Verband bzw. Syndikat noch zu deren Mitglieder in Wettbewerb zu treten.

Mit der gleichen Begründung wie unter a) wird man auch hier ein solches Konkurrenzverbot zulassen, allerdings nur soweit und insofern die verbundenen Unternehmen technische oder kaufmännische Erfahrungen austauschen, «wie es innerhalb eines einheitlichen Unternehmens selbstverständlich ist»[413] und soweit der Arbeitnehmer auch Einblick in die ausgetauschten Erfahrungen geniesst. Auch hier wird man von der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen absehen, soweit dieser Erfahrungsaustausch geht, natürlich immer vorausgesetzt dass die übrigen Bedingungen der Artikel 340 ff. OR erfüllt sind.

cc) *Betriebsüberlassungsvertrag und Unternehmenspacht:* Durch den Pachtvertrag überlässt die verpachtende Gesellschaft ihren Betrieb dem Pächter zu Besitz und Nutzung, «so dass die Pächterin ihn im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt und dafür die Pachtvergütung bezahlt, die in der Regel in Form einer Dividendengarantie gewährt wird»[414].

[412] Von Büren, N. 48 zu Allg.; so auch ZR 36, 1937, S. 178, Nr. 91.
[413] Kracht, Betriebs-Berater 1970, S. 585.
[414] Würdinger, S. 200.

Ähnlich ausgestaltet ist der Betriebsüberlassungsvertrag, nur dass hier das übernehmende Geschäft auf Grund einer Vollmacht unter dem Namen des überlassenden Unternehmens auftritt[415].

Durch Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag gehen alle mit dem Unternehmen verbundenen materiellen und immateriellen Güter (Geheimnisse, Kundenkreis u.a.) und die Arbeitsverhältnisse (Art. 333 OR) auf den Pächter über, ohne dass der Verpächter oder Überlasser irgendeine Weisungsbefugnis hätte[416]. Das Konkurrenzverbot geht hier nach den gleichen Grundsätzen über und gilt unter den gleichen Bedingungen weiter, die vorne unter III C 1 dargestellt wurden[417].

3. Einzelprobleme

a) Soweit die Drittunternehmen mit dem Geschäft des Arbeitgebers keine rechtliche Einheit bilden, ist das Konkurrenzverbot, das auch jene schützt, rechtlich als *unechter Vertrag zugunsten Dritter* zu qualifizieren (Art. 112 OR)[418]. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer fordern kann, dass dieser eine Konkurrenztätigkeit gegen ein Drittunternehmen unterlasse.

b) Der Schadenersatz bestimmt sich nach dem Schaden aller Unternehmen, welche das Konkurrenzverbot umfasst. Der Arbeitgeber kann nach herrschender Lehre vom Arbeitnehmer die Leistung von Schadenersatz direkt an die betroffenen Drittunternehmen verlangen[419]. Bei einer Grosszahl verbundener Unternehmen dürfte jedoch der Schadensnachweis schwierig sein, sodass Realerfüllung und Konventionalstrafe eine grosse Bedeutung haben.

c) Die Konventionalstrafe kommt, anders als der Schadenersatz, dem Arbeitgeber direkt und nicht den Drittunternehmen zu, egal wer oder ob überhaupt jemand einen Schaden erlitten hat. Denn die Konventionalstrafe dient nicht zur Deckung des Schadens, sondern ist, wie schon der Name besagt, eine Sanktion für die Übertretung des Verbots.

d) Beim Konkurrenzverbot, das zugunsten eines Konzerns oder zugunsten anderswie verbundener Unternehmen vereinbart wird, kann es sich leicht ergeben, dass für den Arbeitnehmer die ganze Branche gesperrt wird. Das ist zwar nicht ausgeschlossen[420], wird jedoch nur in Ausnahmefällen (enge zeitliche und örtliche Beschränkung, hochqualifizierter Mitarbeiter, der trotz Branchenwechsel eine gleich lukrative Anstellung erhalten kann) zugelassen. Denn die berufliche Erfah-

[415] RASCH, S. 85.
[416] WÜRDINGER, S. 201.
[417] KRACHT, a.a.O.; vgl. auch NIKISCH, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, § 35 III 1.
[418] So auch KRACHT, a.a.O.; dies mangels anderer Übung und weil es wohl eher dem Willen der Parteien entspricht, dass der Arbeitgeber und nicht der Dritte über die Durchsetzung des Konkurrenzverbots befinden kann: OR 112.
[419] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 112 OR; BECKER, N. 23 zu Art. 112 OR.
[420] Vgl. BlZR 1947, Nr. 154; auch BECKER, N. 2–12 zu Art. 357 OR.

rung darf der Arbeitnehmer immer verwerten[421], und diese Berufserfahrung besteht zu einem nicht geringen Teil aus Branchenkenntnissen. Der Umfang des Konkurrenzverbots kann allenfalls ausgedehnt werden durch Vereinbarung einer angemessenen Gegenleistung.

e) In verbundenen Unternehmen ist das Konkurrenzverbot im allgemeinen nur zum Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen möglich. Der Kundenkreis wird sich nicht schützen lassen, da der Arbeitnehmer im allgemeinen nur Einblick in Kundenlisten von Drittunternehmen, nicht aber direkten und persönlichen Kontakt zu deren Kunden hat (vgl. vorne III B 1).

[421] BGE *92* II 26, *72* II 81.